

THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe de Recherche en Droit privé (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit

Présentée par :
Marie Goncalves Schwartz

La notion de mandataire ad hoc

Directeur(s) de Thèse :
Pascal Rubellin

Soutenue le 05 décembre 2013 devant le jury

Jury :

Président	Gérard Jazottes	Professeur agrégé de droit privé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques - Université de Toulouse 1 Capitole
Rapporteur	Gérard Jazottes	Professeur agrégé de droit privé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques - Université de Toulouse 1 Capitole
Rapporteur	Olivier Staes	Maître de conférences, HDR, à la Faculté de Droit et des Sciences politiques - Université de Toulouse 1 Capitole
Membre	Pascal Rubellin	Maître de conférences, HDR, à la Faculté de Droit et des Sciences sociales - Université de Poitiers

Pour citer cette thèse :

Marie Goncalves Schwartz. *La notion de mandataire ad hoc* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2013. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT —
EDDSP 088

LA NOTION DE MANDATAIRE AD HOC

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 05 décembre 2013
par

Marie GONCALVES SCHWARTZ

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Pascal RUBELLIN

Maître de conférences, HDR, à la Faculté de Droit et des Sciences sociales, Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Gérard JAZOTTES

*Professeur de droit privé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques, Université de Toulouse 1 Capitole
Agrégé des facultés de droit*

Olivier STAES

Maître de conférences, HDR, à la Faculté de Droit et des Sciences politiques, l'université de Toulouse 1 Capitole

LA NOTION DE MANDATAIRE *AD HOC*

Le mandat *ad hoc* est le nom donné à une technique ancienne, utilisée à différentes fins, pour conférer une mission particulière à une personne désignée par l'autorité judiciaire.

Le terme « *ad hoc* », une locution latine, signifie « pour cela » et « en remplacement de ». Cette expression s'applique : « à toute personne ou à tout organe à qui est assigné une mission précise et momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités à cette fin ».

On retrouve ainsi dans différentes branches du droit des « *mandataires* » aux noms divers mais qui pourtant entrent dans la définition du mandat *ad hoc* : mandataire successoral, administrateur *ad hoc*, etc.... Une distinction entre ces différentes notions et celle de mandataire *ad hoc*, au sens du Livre 6 du Code de commerce, s'est alors imposée dans la présente étude puisqu'il n'existe pas un statut commun du mandataire *ad hoc*.

Le mandat *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce est issu de la pratique prétorienne du tribunal de commerce de Paris qui avait considéré qu'il entraînait dans la mission du président du tribunal de commerce de faciliter la recherche d'une solution lorsqu'une entreprise éprouve des difficultés graves, d'ordre juridique, économique ou financier. Il se rapproche du mandataire *ad hoc* en matière de copropriété en pré-difficulté dans sa mission de négociation.

Il a néanmoins été possible de dégager deux rôles essentiels des mandataires *ad hoc*, à savoir, un rôle de représentation et un rôle de négociation.

Les réformes en cours en matière d'entreprises et de copropriétés en difficulté visent à mettre en place un véritable statut du mandataire *ad hoc*. Dans toutes les branches du droit, le mandataire *ad hoc* n'a pas de statut juridique mais simplement un embryon de statut.

Cette notion de mandataire *ad hoc*, son succès mais également ses failles sont à mettre en exergues. La nécessité d'harmoniser les règles existantes afin de créer un statut homogène en vue de renforcer la sécurité juridique s'avère nécessaire.

Mots-clés en français :

Mandataire *ad hoc* — représentation — négociation

THE NOTION OF *AD HOC* REPRESENTATIVE

The *ad hoc* mandate is the name given to an ancient procedure, used for different purposes, to confer a particular mission to a person designated by the judicial authority.

The term "*ad hoc*" is a Latin expression which means "*for this*" and "*replacement for*". This term applies to "*any person or a body who/which is assigned a specific and temporary mission and receives limited powers to do so*".

"*Representatives*" going by different names can therefore be found in various branches of the Law but nonetheless fall within the definition of *ad hoc* mandate: personal representative, *ad hoc* administrator, etc. A distinction between these concepts and the one of the *ad hoc* representative as defined in Book 6 of the Commercial Code had then to be made in the present study since there is no common status applying to *ad hoc* representatives.

The *ad hoc* mandate as defined in Book VI of the Commercial Code is the result of the Praetorian practice of the Commercial Court of Paris which considered that facilitating the search for a solution when a company was experiencing serious legal, economic or financial difficulties was a mission of the President of the Commercial Court. It is similar to the role of an *ad hoc* representative dealing as a negotiator with pre-difficulties in condominium matters.

However, it was possible to identify two essential roles of *ad hoc* representatives, namely the representation role and the negotiation role.

Ongoing reforms concerning businesses and condominiums in difficulty aim to establish a real status for the *ad hoc* representative. In all branches of the Law, the *ad hoc* representative has no legal status *per se* but merely an embryo of a status.

The notion of *ad hoc* representative, its success as well as its shortcomings has to be highlighted. It has now become a necessity to harmonize the existing rules in order to create a uniformed status so as to reinforce the judicial security.

Keywords :

Ad hoc representative - representation – negotiation.

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUV RAT — ED
088

EQUIPE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ — ERDP – EA 1230

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Je tiens à dédier cette thèse de doctorat à mes enfants qui m'ont donné l'énergie et le courage de me lancer dans cette aventure qui me tenait à cœur depuis très longtemps.

Je dédie également cette thèse de doctorat à mon mari, qui m'a soutenue, épaulée, encouragée et avec qui je partage le goût du droit.

Je tiens à saluer ici les personnes qui ont contribué à la concrétisation de ce travail de thèse de doctorat.

Tout d'abord, mes remerciements s'adressent à Monsieur Pascal RUBELLIN, Directeur de thèse, pour avoir permis à ce projet d'aboutir et qui m'a encadré tout au long de cette thèse. Je salue aussi sa souplesse et son ouverture d'esprit qui m'ont ainsi laissé une large marge de liberté pour mener à bien ce travail de recherche. Je lui suis pleinement reconnaissant pour les réflexions, questions et conseils qu'il m'a prodigué à chacune de nos rencontres.

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur, rapporteur, qui m'a fait l'honneur de présider le jury de thèse de doctorat ainsi que pour l'intérêt dont il a fait preuve.

Ma gratitude s'adresse également à Monsieur Olivier STAES, Maître de conférences, rapporteur ; je lui suis très reconnaissant d'avoir accepté le rôle de rapporteur et de l'intérêt porté à ce travail.

Je remercie également ma famille, mes proches pour leurs encouragements et leur soutien tout au long de cette thèse.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	10
PREMIÈRE PARTIE. LE MANDATAIRE <i>AD HOC</i> , UN RÔLE DE REPRÉSENTATION.....	39
TITRE I. LES CONDITIONS D'INTERVENTION DU MANDATAIRE <i>AD HOC</i>	43
Chapitre I. Les conditions d'intervention du mandataire <i>ad hoc</i> en droit des mineurs ou majeurs protégés	51
Chapitre II. Les conditions d'intervention du mandataire <i>ad hoc</i> en droit des sociétés	76
TITRE II. LES DIFFERENTS STATUTS DU MANDATAIRE <i>AD HOC</i>	115
Chapitre I. La désignation par le juge d'un mandataire <i>ad hoc</i>	120
Chapitre II. La désignation par contrat du mandataire <i>ad hoc</i>	160
DEUXIÈME PARTIE. LE MANDATAIRE <i>AD HOC</i> , UN RÔLE DE NÉGOCIATION	187
TITRE I. LE RÔLE DE NÉGOCIATION DU MANDATAIRE <i>AD HOC</i>	192
Chapitre I. Le choix du mandataire <i>ad hoc</i>	195
Chapitre II. La négociation avec les tiers	233
TITRE II. LE MANDATAIRE <i>AD HOC</i> : UN ORGANE EFFICACE	261
Chapitre I. Le mandataire <i>ad hoc</i> : un organe judiciaire	265
Chapitre II. Les atouts du mandataire <i>ad hoc</i>	283
CONCLUSION GÉNÉRALE	318
BIBLIOGRAPHIE	323
INDEX ALPHABÉTIQUE	336
TABLE DES MATIÈRES	340

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Bibl.	Bibliographie
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJE	Bulletin Joly des entreprises
CA	Cour d'appel
C. Cass.	Cour de cassation
Cass. civ. I	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ch. réun.	Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
COJ	Code de l'organisation judiciaire
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
ex.	Exemple
JCP	Jurisclasseur périodique
JCP E.	Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"
JORF	Journal officiel de la République Française
ord.	Ordonnance
Obs.	Observations
Rec.	Recueil
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rec. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
RTDC.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.A.	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par action simplifiée
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance

INTRODUCTION

1. **Le mandat *ad hoc*** est le nom donné à une technique ancienne, utilisée à différentes fins, pour conférer une mission particulière à une personne désignée par l'autorité judiciaire.

Le terme « ***ad hoc*** » est une locution latine qui signifie « *pour cela* » et « *en remplacement de* ». Cette expression s'applique : « *à toute personne ou à tout organe à qui est assigné une mission précise et momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités à cette fin¹* ».

La procédure du mandat *ad hoc* permettait au président du tribunal de nommer un mandataire chargé de résoudre une question particulière.

Afin de mieux appréhender « *la notion de mandataire ad hoc* », il est nécessaire d'étudier au préalable, la notion de mandat dans son sens le plus large et dans son évolution historique.

- **Historique du mandat en droit civil :**

2. **Le Code civil** définit le mandat comme suit : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (C. civ., art. 1984, al. 1er). Il découle de cet article que le mandataire est nécessairement une personne physique ou morale.

3. **Définition juridique.** Le dictionnaire Henri Capitant propose une définition juridique du mandat : « *c'est l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom. Plus spécifiquement, le mandat est un contrat révocable au gré du mandant par lequel celui-ci confère à une personne, qui en accepte la charge, le pouvoir et la mission d'accomplir pour elle et en son nom, à titre de représentant, un acte juridique²* ».

¹ G. FAVRE-LANFRAY, Administrateur *ad hoc* et présidente-Fondatrice de l'Association Chrysalis, « Représentation et accompagnement de l'enfant victime par un administrateur *ad hoc* » Amiens 6 décembre 2001.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique* : PUF, 9e éd. 22 Août 2011.

4. Le contrat de bienfaisance. L'interprétation littérale de l'article 1984 du Code civil présente le mandat³ comme un acte par lequel le mandant donne « *pouvoir* » en vue de « *faire quelque chose* ». La pensée de Domat et Pothier est directement retranscrite dans le Code civil.

Le mandat fait partie des contrats de bienfaisance prévus par l'article 1105 du Code civil et est régi par les articles 1984 à 2010 du même code. Quelques dispositions figurent également au sein du Code de commerce sur le contrat de commission (C. com., art. L. 132-1 et s.), et sur les agents commerciaux (C. com., art. L. 134-1 et s.).

Relégué à la fin de la liste des contrats du Code civil, dans le respect de l'ordre établi par Pothier dans son *Traité du contrat de mandat*, seuls 27 articles lui sont consacrés faisant de lui, dans l'esprit des rédacteurs⁴, un « *petit contrat* ».

Pour synthétiser la pensée des rédacteurs du Code civil, le mandat se présente comme un contrat conclu à titre gratuit et révocable ad nutum⁵.

Le terme « *pouvoir* » va alors donner lieu à des interprétations divergentes.

Certains y retrouvent le synonyme de la représentation⁶ alors que d'autres n'y voient que la reprise des termes utilisés par Jean Domat qui ne fait pas de la représentation le critère du mandat⁷.

5. L'évolution du contrat de mandat. Le mandat a évolué sous plusieurs aspects⁸.

³ F. COLLART-DUTILLEUL ET PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, coll. Précis, 8^e éd. 2007, n° 625 à 630 p. 523 à 525.

⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur* : LGDJ, 10^e éd. 2001, p. 339 et s.

⁵ F. LASSERRE-JEANNIN ET B. LE BARS, Le modèle dans le contrat de mandat, in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* : LGDJ, Bibl. de l'Institut A. Tunc, 2005, p. 333 et s.

⁶ J-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code, T. 19 du Traité de Toullier, 1837*, spéc. p. 319 et s.

⁷ F. LEDUC, Deux contrats en quête d'identité. Les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, in *Etudes G. Viney* : LGDJ, 2008, p. 595 et s., spéc. p. 602 et s.

⁸ Sur l'évolution contemporaine du mandat, PH. LE TOURNEAU, *De l'évolution du mandat* : D. 1992, chron. p. 157, spéc. p. 157 : "Le contrat de mandat est d'une importance considérable,

... / ...

Il est, tout d'abord, l'objet d'une diversification. Le mandat se qualifie comme un « *contrat vivant* », au coeur de la vie des affaires⁹, de la vie familiale, de la vie des personnes, de la vie intellectuelle, de la vie judiciaire¹⁰....

Il fait, également, l'objet d'une professionnalisation. Autrefois contrat à titre gratuit, conclu dans le contexte amical ou familial, il devient désormais un acte à titre onéreux.

Des agents de toute sorte, régis par un ensemble de dispositions spéciales, concluent désormais des mandats rémunérés (agents de voyages, agents d'assurance, agents immobiliers, agents commerciaux, agents sportifs, agents artistiques, agents de publicité...).

Cette professionnalisation présente un lien étroit avec le développement du monde des services et du pôle tertiaire de notre économie.

L'une des particularités de ces agents est qu'ils agissent parfois au nom et toujours pour le compte d'autrui, tout en conservant une part d'indépendance, amenant une partie de la doctrine à défendre une notion nouvelle d'intermédiation¹¹.

Cette indépendance justifie qu'ils accomplissent tant des actes juridiques, considérés par la doctrine majoritaire et la jurisprudence de la Cour de cassation comme la caractéristique du mandat, que des actes matériels, généralement perçus comme extérieurs au mandat.

Petit contrat à l'origine, il devient « *un grand* » parmi les grands.

d'une utilisation fréquente dans l'activité juridique et constante dans la vie des affaires". – C. GIVERDON, *L'évolution du contrat de mandat* : Thèse Paris, 1947. Sur le plan quantitatif, PH. RÉMY, La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la revue trimestrielle de droit civil, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. SAVATIER [Poitiers, 24-25 octobre 1985] : PUF, 1986, p. 103 et s., spéc. p. 106 : le mandat "double en volume, grossi par les mandats salariés, le mandat d'intérêt commun et la question du mandat apparent".

⁹ H. DUBOUT, Les contrats de mandat avec les banques d'affaires dans les opérations de cession-acquisition d'entreprises : Bull. Joly, 1997, p. 1029 ; STORCK, « Le contrat liant l'émetteur aux banques introductrices est-il un mandat ? Regards critiques sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2011 », *Droit des Sociétés*, janv. 2012, n° 13, p. 35.

¹⁰ FR. COLLART-DUTILLEUL ET PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, coll. Précis, 8e éd. 2007, n° 628, p. 523.

¹¹ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. Chr. Jamin, t. 485 : LGDJ, 2007.

6. Pour autant, le mandat a connu un regain d'intérêt dans les législations les plus récentes.

On pense au mandat donné à une personne de confiance en matière médicale¹² ou, dans une certaine mesure, au mandat de protection future.

À proprement parler, il n'est de véritable mandat que conventionnel. L'usage s'est cependant instauré d'y assimiler la représentation d'origine légale ou judiciaire, et il est courant de parler de mandats légaux ou judiciaires.

Quant aux mandats conventionnels, ils sont parfois la conséquence obligée, de par la loi, d'un autre contrat. C'est notamment le cas du mandat d'une société de gestion d'un fonds commun : il est imposé aux porteurs de parts¹³.

7. **Le mandat, « un contrat à tout faire ».** Enfin, le mandat devient un « *contrat à tout faire* », en ce sens qu'il vient souvent à l'appui d'autres conventions dont il permet la conclusion ou l'exécution : les pools bancaires, l'ingénierie financière sont autant d'exemples du mandat « *accessoire d'une opération juridique complexe* ».

Le succès économique du mandat est à l'origine de certains excès terminologiques. Le législateur est ainsi tenté de constater l'existence d'un mandat dans de nombreuses situations au détriment de la rigueur juridique¹⁴.

¹² Art. L. 1111-6 du Code de la santé publique, – Loi du 4 mars 2002 modifié par loi n°2005-370 du 22 avril 2005 - art. 10 JORF 23 avril 2005, précise que : « *Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le malade n'en dispose autrement (...)* ».

¹³ TH. BONNEAU, Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil, RTD civ. 1991. , n°72

¹⁴ P.-H. ANTONMATTÉI et J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux* : Litec, 6e éd. 2008 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux* : Defrénois, 4e éd. 2009 ; LexisNexis avril 2013 – A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux* : Domat-Montchrestien, 9° éd. 2011 – FR. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, coll. Précis, 8e éd. 2007 n° 630, p. 525. – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux* : LGDJ, 3e éd. 2012.

L'évolution du contrat de mandat s'est donc principalement articulée autour de la notion de représentation et la majorité de la doctrine entend le mandat comme un contrat de représentation¹⁵.

Représenter signifie faire un acte au nom et pour le compte d'autrui, en vertu d'un pouvoir. La représentation est présentée comme un élément déterminant du mandat.

Par un arrêt de principe du 14 avril 1886, la Cour de cassation prend le parti de l'école dite moderne et sur le fondement de l'article 1984 du Code civil, décide que : « *le caractère essentiel de ce contrat [le mandat] consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant [...]* ».

La représentation est alors sacralisée comme critère du mandat.

8. Des difficultés soulevées. Il existe certaines hypothèses où la qualification de mandat soulève des difficultés :

Il en est ainsi du contrat de commission et de la convention de prête-nom. Le critère de la représentation est absent de ces contrats ; la qualification de mandat devrait donc être exclue.

Si la représentation n'est plus conçue comme un élément essentiel du mandat, ou du moins s'il l'on adhère à l'idée d'une représentation « *indirecte* » ou « *imparfaite* », on peut envisager alors de défendre la qualité de mandataire du prête-nom ou du commissionnaire.

Il est possible de considérer le contrat de commission et la convention de prête-nom comme des contrats de mandat à condition d'observer que les règles applicables nécessitent une adaptation en raison de la singularité de la relation. La qualification de mandat est moins discutée par la doctrine en ce qui concerne le contrat de courtage.

9. Parfois, le législateur qualifie ainsi des liens contractuels de mandat alors qu'ils ne le sont pas.

¹⁵ P.-M. LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de la sauvegarde de l'entreprise », Gaz. proc. coll. 2007/3, p. 3; J.-L. VALLENS, Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, Dalloz 2007, p. 669.

Mais ce phénomène n'est pas nouveau car le Code de commerce en donne un exemple bien connu à propos de la lettre de change (C. com., art. L. 511-1, I, 2^e). Ce texte impose, parmi les conditions de validité du titre, la mention de « *mandat pur et simple de payer une somme déterminée*¹⁶ ». Il ne s'agit pas d'un mandat créant entre le tireur et le tiré des rapports de mandant à mandataire. Il s'agit d'un simple ordre.

Plus récemment, la combinaison des articles 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite HOGUET, et 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 laisse entendre que l'agent immobilier doit détenir un mandat écrit pour accomplir toute espèce de mission. Cette règle est d'ordre public. Par un arrêt du 31 janvier 2008¹⁷, la Cour de cassation a décidé que le mandat apparent ne peut pas tenir en échec cette règle d'ordre public.

Plus exemplaire encore est le sort du promoteur immobilier. Le contrat qui le lie au maître de l'ouvrage est regardé par la loi comme un mandat d'intérêt commun¹⁸. Or, l'essentiel de son activité ressort du louage d'ouvrage, contrat d'entreprise. De plus, la loi lui impose des garanties, notamment contre les vices cachés, totalement étrangères au droit du mandat et son intérêt commun réside dans sa seule rémunération¹⁹.

De même, l'article L. 7121-9 du Code du travail²⁰ qualifie l'agent artistique de mandataire, ce qu'il n'est pas, car il ne représente pas les artistes puisqu'il a seulement une mission de « *placement de main-d'oeuvre* ».

Enfin, l'agent sportif était qualifié de mandataire par le Code du sport dans son article L. 222-10. Mais depuis la loi n° 2010-626 du 9 juin 2010, ce code ne qualifie

¹⁶ Même disposition pour le chèque in C. mon. fin., art. L. 131-2, 2^e.

¹⁷ Civ. 1re, 31 janv. 2008, n° 05-15.774, D. 2008. AJ 485, obs. Y. ROUQUET ; Defrénois 2008. 701, obs. E. SAVAUX ; CCC 2008, n° 124, note L. LEVENEUR, revenant sur la solution antérieure, not. Civ. 1re, 6 janv. 1994, n° 91-22.117, Bull. civ. I, n° 1 ; RDI 1994. 266, obs. D. TOMASIN ; RTD civ. 1994. 593, obs. J. MESTRE ; dans le même sens que Civ. 1re, 31 janv. 2008, n° 05-15.774 : Civ. 1re, 5 juin 2008, n° 04-16.368 ; D. 2008. AJ 1693, obs. Y. ROUQUET ; RJDA 2009, n° 212, 1re esp. - Civ. 1re, 11 déc. 2008, n° 08-10.162, NPB, RJDA 2009, n° 212, 3e esp. - Elle a ensuite affirmé qu'« est dépourvu d'effet tout acte portant engagement de rémunérer les services d'un agent immobilier en violation des règles impératives ci-dessus rappelées, excluant qu'une obligation naturelle soit reconnue en ce domaine » : Civ. 1re, 6 janv. 2011, n° 09-71.243, D. 2011. 240, obs. Y. ROUQUET.

¹⁸ Article 1831-1 du Code civil.

¹⁹ Ce qui n'est pas le critère du mandat d'intérêt commun.

²⁰ Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010.

plus réellement le contrat de l'agent sportif²¹ car il exerce une activité d'intermédiaire. Il met en rapport, contre rémunération, les parties intéressées à la conclusion d'un contrat soit relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement, soit qui prévoit la conclusion d'un contrat de travail ayant pour objet l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou d'entraînement. En effet, l'essence même de l'activité d'agent sportif est la mise en relation qui se différencie du mandat.

La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, dite de modernisation des professions judiciaires ou juridiques a étendu le champ d'activité de l'avocat. Ce dernier peut désormais agir en qualité de mandataire sportif et représenter toute partie intéressée à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive ou prévoyant la conclusion d'un contrat de travail ayant le même objet. L'avocat défend les intérêts de son client. Il assiste, représente et négocie donc au nom d'un sportif intéressé à la conclusion d'un contrat relatif à l'exercice rémunéré d'une activité sportive.

10. La multiplication des contrats d'agence et d'intermédiaires ne permet plus de retenir uniquement une vision dite moderne du mandat fondée sur le critère de la représentation.

Il est parfaitement envisageable d'accorder au mandat une place plus importante en privilégiant le critère classique et historique de la gestion des affaires d'autrui.

Dans cette optique, le mandat est une convention à part entière dépassant les strictes limites de la représentation conventionnelle.

Plusieurs éléments viennent structurer la convention de mandat. Il s'agit d'une convention aux multiples facettes puisqu'elle est consensuelle ou solennelle, tacite ou expresse, synallagmatique, accessoire ou principale, à titre gratuit ou à titre onéreux, civile ou commerciale, générale ou spéciale, conclue intuitu personae ou sans considération de la personne.

²¹ Art. L. 222-7 C. sport - Toulouse, 2e ch., sect. 2, 1er déc. 2009, n° 08/00966, JCP E 2010, n° 12, Actu. 183, note critique F. RIZZO ; LPA 21 avr. 2010, n° 79, p. 6, note X. DUPRÉ ; RJDA 2010, n° 742, en l'espèce l'agent sportif était un véritable mandataire, représentant le joueur dans la signature des contrats.

11. Ainsi, par un inventaire nullement exhaustif, on peut constater une véritable typologie du mandat.

Les **relations familiales**²² sont notamment le domaine d'excellence des « **mandats légaux** ». Le mineur est soumis au régime de la représentation : la loi donne mandat général à ses représentants légaux de conclure pour lui les actes juridiques nécessaires à la gestion de ses biens (C. civ., arts 382 et 389-3).

Lorsqu'un majeur est placé sous sauvegarde de justice, le juge peut désigner un mandataire spécial (C. civ., arts 437 et 438). S'il est placé sous curatelle ou sous tutelle, il sera représenté par un curateur ou un tuteur, qui est un membre de sa famille, un proche ou un mandataire judiciaire (C. civ., article 450).

Le conjoint ou le partenaire collaborateur bénéficie d'un « *mandat légal* » pour accomplir les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise (C. com., art. L. 121-6). Sauf manifestation de volonté expresse contraire, exprimée devant notaire, cette « présomption de mandat » dure jusqu'à la dissolution du mariage, la séparation de corps ou la séparation judiciaire de biens²³. Enfin, lorsqu'un époux se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, son conjoint peut se faire judiciairement habilité à le représenter (C. civ., art. 219).

12. À côté de ces mandats légaux ou judiciaires, **le mandat conventionnel** a sa place dans la vie conjugale. L'article 218 du Code civil l'indique de façon très générale : « *Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue* ».

Même le code précise que les règles du mandat sont applicables entre époux, soit que l'un d'entre eux confie à l'autre l'administration de ses propres²⁴, soit qu'il prenne en main la gestion des biens propres de l'autre au vu et au su de celui-ci, et sans opposition de sa part²⁵, mais également en indivision (C. civ., art. 815-5)²⁶

²² F. BICHERON, L'utilisation du mandat en droit de la famille, in N. DISSAUX [sous la dir. de], Le mandat. Un contrat en crise ?, 2011, Economica, p. 987 s.

²³ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a étendu cette présomption de mandat au partenaire lié par un PACS au chef d'entreprise, Code de commerce, article L. 121-8. Des dispositions comparables de « *présomption de mandat* » existent en matière d'exploitation rurale, Code rural, article L. 321-1.

²⁴ Articles 1431 et 1539 du Code civil.

²⁵ Articles 1432 et 1540, al. 1^{er} du Code civil. Dans ce dernier cas, un mandat tacite est légalement présumé, couvrant les actes d'administration et de jouissance, mais non les actes de disposition : Civ. 3e, 16 sept. 2009, n° 08-16.769, Bull. civ. III, n° 191 ; D. 2009. AJ 2344,

... / ...

13. Les héritiers peuvent, également, d'un commun accord, confier l'administration de la succession à l'un d'eux ou à un tiers, le mandat étant régi par les articles 1984 à 2010 du Code civil²⁷.

En présence d'une inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans l'administration d'une succession, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale, à la demande de tout intéressé, « *le juge peut désigner toute personne qualifiée, physique ou morale, en qualité de mandataire successoral, à l'effet de l'administrer provisoirement* »²⁸.

Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité²⁹, « *donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration* ».

14. Plus remarquables encore sont les dispositions issues de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, insérant dans le Code civil les articles 477 et suivants relatifs au « **mandat de protection future** ». Le mandat de protection future est un contrat par lequel une personne choisit un mandataire pour la représenter si dans l'avenir une altération de ses facultés mentales l'empêchait de pourvoir seule à ses intérêts³⁰.

obs. D. FOREST ; AJ fam. 2009. 459, obs. P. HILT ; un bail rural constituant un acte de disposition est exclu du mandat tacite. En revanche, la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 supprima le mandat légal entre époux relatif aux charges du ménage. C'est un cas de recul de l'utilisation du mandat.

²⁶ T. SCHWARTZ, « La gestion du fonds de commerce indivis », thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de H. BOSSE-PLATIÈRE, Dijon, Université de Bourgogne, 15 déc. 2009.

²⁷ Article 813 du Code civil, réd. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006.

²⁸ Article 813-1 et ss du Code civil, réd. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, prévoient minutieusement ses pouvoirs.

²⁹ Article 815-3 du Code civil, réd. L. du 23 juin 2006. Confirmant la position doctrinale, le code civil précise, depuis la loi du 23 juin 2006, que l'exécuteur testamentaire « assume la responsabilité d'un mandataire à titre gratuit », Code civil, article 1033, in fine, c'est-à-dire que s'applique l'art. 1992 c. civ.

³⁰ N. COUZIGOU-SUHAS, Le mandat de protection future, Defrénois 2006. 663. – D. FENOUILLET, Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois 2009. 142. – M-C. FORGEARD et N. LEVILLAIN, Mandat de protection future et pratique notariale, Defrénois 2008, art. 38730 et 38737. – TH. FOSSIER, Le mandat de protection future sous seing privé, LPA 2007, no 83, p. 4. – H. FULCHIRON, Le notaire et l'exécution du mandat de protection future, Defrénois 2009. 178. – J. MASSIP, Le mandat de protection future, LPA 27 juin 2008, no 129, p. 11

Le mandataire est soit une personne physique, membre ou non de la famille, soit une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles³¹.

Le contrat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Il prend effet lorsqu'il est établi, par un certificat médical présenté au greffe du tribunal d'instance, que le mandant ne peut plus pourvoir à ses intérêts (C. civ., art 481). Tout intéressé peut saisir le juge des tutelles aux fins de contester la mise en oeuvre de la mesure³².

Ainsi, la représentation en justice, les officiers ministériels, la distribution, le droit immobilier, le droit bancaire et boursier, le droit des transports, le droit des assurances, le droit financier, le droit de la consommation, le droit des propriétés intellectuelles, sont autant de domaines d'élection du mandat.

15. Dans la vie des **sociétés commerciales**, toute société personne morale est dans la nécessité de recourir à des personnes physiques, les dirigeants sociaux³³, pour exercer ses droits. Ceux-ci ont longtemps été regardés comme des mandataires légaux, et la loi utilise encore parfois le mot de mandat à leur propos³⁴. Mais il a pertinemment été observé que le dirigeant ne peut pas être le mandataire de la société, puisque le mandat met deux volontés en présence.

Or, la société n'a pas de volonté propre réelle et le dirigeant ne peut pas davantage être le mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société. Autrement dit, les dirigeants sociaux ne sont pas des mandataires. Ils exercent une fonction qui fait d'eux des organes de la société.

Selon le Professeur Claude GIVERDON³⁵, « *dans la représentation, il y a un rapport juridique entre deux sujets de droit dont l'un agit pour l'autre ; c'est qu'en*

³¹ Article 480, al. 1er du Code civil. Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les pouvoirs du mandataire sont calqués sur ceux du tuteur : renvoi effectué par Code civil, art. 479, al. 1er, aux arts. 457-1 à 459-2.

³² Article 484 du Code civil. Les éventuelles défaillances du mandataire sont soumises au régime général de celles des mandataires, Code civil, article 424.

³³ Article L. 223-18 du Code de commerce: « La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques ».

³⁴ Arts L. 225-21 ; L. 225-25 ; L. 225-30 ; L. 225-32 du Code de commerce,

³⁵ C. GIVERDON, L'évolution du contrat de mandat, thèse dactyl., Paris, 1947, p. 94.

effet, le représentant tient ses pouvoirs de la loi ou de la convention ; il y a, au-dessus de lui, une volonté ou un statut. La qualité d'organe découle au contraire de la constitution même de la personnalité morale ».

La responsabilité des dirigeants sociaux envers la société et les associés est de nature délictuelle, à raison précisément de leur caractère d'organes sociaux, et non de mandataires³⁶.

En revanche, un **mandataire *ad hoc*** peut être désigné par le président du tribunal de commerce pour convoquer une assemblée d'actionnaires³⁷, accomplir une formalité de publicité³⁸, en présence de difficultés de l'entreprise, le mandat *ad hoc* étant désormais considéré comme un mode de traitement autonome de celles-ci³⁹ :

- En cas de crise grave empêchant le fonctionnement normal de la société et compromettant les intérêts sociaux, un administrateur provisoire, qui est un mandataire, peut être judiciairement désigné⁴⁰.

- De même, en cas de dissolution de la société, le liquidateur qui est un mandataire, est désigné conformément aux dispositions statutaires (C. com., art. L. 237-1) ; ou, en cas de lacunes de celles-ci, par les associés et, à défaut d'accord, par le président du tribunal de commerce (C. com., art. L. 237-19).

• D'autres mandataires existent : le mandataire judiciaire ou administrateur judiciaire dans l'entreprise faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde, le mandataire judiciaire d'une entreprise en état de redressement judiciaire ; enfin, lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, le mandataire judiciaire liquidateur chargé notamment de liquider et de vérifier les créances.

³⁶ C. FREYRIA, *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise*, Mélanges Boyer, 1996, PU Toulouse I, p. 179, n° 12. - Soc. 1^{er} févr. 2011, n° 10-20.953, RJDA 2011, n° 310 ; D. 2011. 440, obs. C. LIENHARD, appliquant, à propos de la démission d'un dirigeant de société, l'art. 2007 c. civ. propre à la « renonciation » du mandataire.

³⁷ Article L. 223-27, al. 5, et L. 225-103-II, 2 du Code de commerce.

³⁸ Article L. 235-7 du Code de commerce.

³⁹ Article L. 611-3 du Code de commerce; réd. Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008. - C. com., art. R. 611-18 s.

⁴⁰ Sur le fondement des art. 809 s., 872 s. du c. pr. civ. - V. par ex. Com. 3 juill. 1984, *Rev. sociétés* 1985. 628, note P. DIDIER. - Com. 17 janv. 1989, *Rev. sociétés* 1989. 209, note Y. GUYON. - Com. 24 mai 1994, *Dr. sociétés* 1995, n°3, obs. Th. BONNEAU. - Com. 5 mai 1998, n° 96-15.383, *Bull. civ. IV*, no 149 ; *Rev. sociétés* 1999. 344, note M. BOIZARD.

La qualification de mandat est impropre car ces professionnels tiennent leurs pouvoirs de la loi et sont désignés par un jugement. Ce sont des organes de la procédure et, en même temps, des auxiliaires de justice, chargés d'une mission de service public, mais sans attribution de prérogatives de la puissance publique⁴¹. Il existe une abondante jurisprudence relative à leur responsabilité⁴².

Le mandat *ad litem* de l'avocat est un mandat de représentation en justice par lequel un plaideur confère à un avocat la mission de le représenter en justice et qui emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant, les actes ordinaires de procédure judiciaire et une mission d'assistance. L'article 416 du Code de procédure civile dispense l'avocat de justifier qu'il a reçu mandat pour représenter le plaideur.

16. On constate donc les **multiples applications du mandat** en droit français.

Néanmoins, l'objet de la présente réside dans le mandat *ad hoc*. Autrement dit, les domaines où l'on nomme une personne, généralement un tiers, appelé mandataire *ad hoc*, désigné par l'autorité judiciaire, pour accomplir une mission particulière et ponctuelle, pour une durée limitée.

Cette définition exclut donc les mandats évoqués plus haut qui n'entrent pas dans ce cadre de cette étude.

Le mandataire *ad hoc* est une notion du droit de la sauvegarde des entreprises, mais cette appellation s'applique également à d'autres situations qui feront l'objet de la présente étude.

L'étude de la naissance du mandataire *ad hoc* implique donc préalablement un rappel historique.

⁴¹ Cass. ch. mixte, 4 nov. 2002, n° 00-13.524, Bull. ch. mixte, n° 6 ; D. 2003. 1194, note Dreyer ; JCP 2003. II. 10006, note E. DERIEUX.

⁴² Com. 6 juill. 1999, n° 97-12.613, Bull. civ. IV, n° 150 ; Gaz. Pal. 1999. 2. - Com. 4 janv. 2000, n° 96-18.638, Bull. civ. IV, n° 5 ; JCP E 2000. Pan. 298. - Com. 7 janv. 2003, n° 99-10.781, Bull. civ. IV, n° 1. - Com. 30 juin 2009, n° 07-21.212, RCA 2009, n° 287 ; Gaz. Pal. 2009. 2. Pan. 3996, obs. C. B.

• Historique du mandat *ad hoc* du livre VI :

17. Le **mandat *ad hoc*, utilisé à fin de négociation**, est issu de la pratique prétorienne des Tribunaux de commerce, et plus particulièrement du tribunal de commerce de Paris dans les années 1990. Cette juridiction considérait qu'il entrerait dans la mission du président du tribunal de commerce de faciliter la recherche d'une solution lorsqu'une entreprise éprouvait des difficultés graves, d'ordre juridique, économique ou financier qui pouvaient être résolues par l'intervention d'un tiers, véritable médiateur dépourvu d'autres pouvoirs que d'inciter, de favoriser l'émergence d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers.

Par la suite, les présidents de ce tribunal ont été amenés à faire une analyse différente lorsqu'ils se sont retrouvés face à certaines difficultés rencontrées par des entreprises.

Ainsi leur expérience d'hommes d'entreprise leur montrait qu'une solution rapide et négociée serait préférable car « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ». Leur expérience de magistrats consulaires les amenait à craindre que la solution judiciaire définitive du conflit n'intervienne qu'après des délais trop longs et rende la vie de l'entreprise trop périlleuse pendant cette période, là où la célérité est de mise avant que les difficultés financières n'empirent.

Pour pallier, également, les inconvénients de l'administration provisoire (où le débiteur est dessaisi), il fut imaginé par les juridictions consulaires de recourir au mandat *ad hoc* pour servir la prévention. Ce fut un succès, en raison des nombreux avantages du mandat *ad hoc* : le dirigeant n'est pas dessaisi ; il n'y a pas de publicité ; la procédure se caractérise, de manière générale, par sa souplesse. De plus, l'administration provisoire et le mandat *ad hoc* n'étant pas des mécanismes exclusifs l'un de l'autre, ils peuvent se succéder. Enfin, en raison de la brièveté du règlement amiable (remplacé depuis la loi du 26 juillet 2005 par la conciliation), le mandat *ad hoc*, dont la mission n'est pas temporellement limitée par le législateur, permettait souvent de préparer celui-ci.

C'est donc en s'appuyant tout à la fois sur le texte donnant au juge mission de concilier les parties et sur quelques cas de mandats de justice reconnus par le droit des sociétés que le mandat *ad hoc* est né dans une juridiction.

Cette consécration en parallèle du règlement amiable a permis de conserver au mandat *ad hoc* son caractère informel, confidentiel et purement contractuel⁴³.

La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 n'a ni réglementé, ni défini le mandat *ad hoc* afin de lui assurer une « *plasticité suffisante* »⁴⁴ dans l'article 4 qui a modifié l'article 35 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 qui institue le règlement amiable tout en indiquant que le président du tribunal de commerce a le pouvoir de désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission.

Le mandat *ad hoc* s'inscrivait donc simplement comme une alternative au règlement amiable, mais n'avait pas été consacré de manière autonome⁴⁵.

18. En revanche, **la loi du n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises** consacre pleinement et entièrement le mandat *ad hoc* puisque l'article L611-3 du Code de commerce dispose que : « *Sans préjudice du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission, il est institué une procédure de règlement amiable ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. Le président du tribunal de commerce est saisi par une requête du représentant de l'entreprise, qui expose sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face [...]* ».

Les modalités de fonctionnement du mandat *ad hoc* sont encadrées par l'article L. 611-13 du Code de commerce qui prévoit des incompatibilités et l'article L. 611-15 du même code qui pose le principe de confidentialité du mandat *ad hoc*.

L'article L. 611-3 précité a été modifié par **l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008** puisqu'il dispose que : « *le président du tribunal de commerce ou*

⁴³ JADAUX, Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc*, in Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique, 1999, Dalloz. 411.

⁴⁴ P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Actions, 2013/2014, n° 12.31.

⁴⁵ COURET, LARRIEU, MACORIG-VENIER, MASCALA, MONSERIE ET SAINT-ALARY-HOUIN, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, 1995, Montchrestien.

du tribunal de grande instance peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission ».

19. Les cellules de prévention. Les juridictions consulaires ont œuvré très activement pour diffuser les informations sur les procédures du mandat *ad hoc* et de la conciliation. Elles ont également mis en place des structures de prévention au sein des tribunaux de commerce pour venir en aide aux chefs d'entreprise.

Cette pratique a donné lieu à un débat sur la légalité de ces **cellules de prévention**⁴⁶ ou détection qui ont vu le jour au sein des juridictions consulaires⁴⁷. Ce mouvement s'est amplifié conduisant les chambres de commerce et d'industrie ainsi que des ordres professionnels, comme celui des experts comptables, à développer également des structures qui ont pour finalité d'aider les entrepreneurs en développant la prévention des difficultés.

Les pouvoirs publics ont mené également une politique en faveur des entreprises en difficulté qui a d'ailleurs évolué vers la prévention⁴⁸, le rôle essentiel revenant, en ce domaine, aux CODEFI (comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises) et au CIRI⁴⁹ (Comité interministériel de restructuration industrielle).

20. La convocation par le Président du tribunal des dirigeants. La détection prévue par l'article L. 611-2, 1^{er} alinéa du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde, a toute sa raison d'être : *« Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être*

⁴⁶ V. infra p. 223

⁴⁷ J-L. VALLENS, Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de prévention-détection ?, D. 2010. 1723. – C. DELATTRE, La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, Rev. proc. coll. 2010. 21. – C. MODAT, Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi, Rev. proc. coll. mars-avr. 2011. 28

⁴⁸ PH. ROUSSE-GALLE, Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI, Rev. proc. coll. 2006. 127

⁴⁹ Le CIRI a pour mission d'aider les entreprises en difficultés à élaborer et mettre en oeuvre des solutions permettant d'assurer leur pérennité et leur développement. Le CIRI est compétent pour les entreprises de plus de 400 salariés. Les entreprises de moins de 400 salariés relèvent des Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI), équivalents locaux du CIRI, placés sous l'autorité du préfet.

convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation ».

Le président du tribunal de commerce peut user de la faculté que lui offre le I de cet article chaque fois qu'une entreprise semble connaître des difficultés et donc convoquer le dirigeant pour un entretien. C'est une faculté de par la lettre de la loi, c'est une obligation de par l'esprit de la loi.

Le rôle du tribunal s'est trouvé modifié. La culture de l'anticipation commence à être inculquée aux chefs d'entreprises mais aussi aux conseils (les experts-comptables et les hommes du droit...). Les comptes seront observés avec attention, ainsi que les prises de garantie, les ordonnances d'injonction de payer à répétition, le non-dépôt des comptes annuels, les courriers des administrations, du Parquet, des représentants du personnel, des salariés et naturellement les alertes des commissaires aux comptes.

Ce n'est qu'à l'issue de l'entretien avec le dirigeant ou s'il ne s'est pas rendu à la convocation, que le juge peut recueillir tous renseignements utiles auprès des administrations, commissaires aux comptes, membres et représentants du personnel de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Le dirigeant, sorti de son isolement, pourra s'exprimer sur la situation présente et à venir de son entreprise. Cet exercice ne se confond en aucune manière avec une consultation qu'il n'appartient jamais au juge de la prévention de donner. Le dirigeant sera à même de mettre à profit l'information, l'orientation qu'il aura reçue. Il aura pu exposer également certaines mesures propres à redresser la situation. Éventuellement, une seconde étape suivra, celle de la mise en oeuvre des procédures conventionnelles et des outils de la prévention. Elle aura été préparée dans les meilleures conditions par le juge de la prévention lors de la phase initiale, celle de la détection.

Ce système de prévention mis en place devant les tribunaux connaît donc un franc succès.

21. Le mandat ad hoc. Les premiers mois d'application de la loi du 26 juillet 2005 ont d'emblée confirmé, notamment à Paris, que la réforme a donné un

nouvel élan au mandat *ad hoc*⁵⁰. La crise financière devait encore, en 2009 et 2010, augmenter le nombre de missions. Le taux de réussite des mandats *ad hoc* est très satisfaisant.

La loi de sauvegarde des entreprises, soucieuse de laisser toute sa souplesse à l'institution, n'a défini qu'une sorte de « mini-statut » du mandat *ad hoc*, en partie commun avec celui du conciliateur, continuant, pour le reste, à s'en remettre à la pratique.

Cette procédure, simple, souple et confidentielle connaît un succès certain qui témoigne que ce moyen, reposant sur la négociation dans le but de rapprocher les points de vue, est particulièrement approprié pour assister le chef d'entreprise et l'aider à surmonter les difficultés de toutes sortes, conjoncturelles ou structurelles, de l'entreprise qu'il dirige. Il apparaît également comme un utile instrument pour préparer un plan de sauvegarde.

Le mandat *ad hoc* est donc une mesure de prévention des difficultés des entreprises. On retrouve le mandataire *ad hoc* en droit des mineurs avec un mode de fonctionnement similaire. Ce dernier est cependant dénommé par le législateur administrateur *ad hoc*.

- **L'administrateur *ad hoc* en droit des mineurs :**

22. Définition. L'administrateur *ad hoc* est un « *représentant judiciaire* », mandaté par un magistrat, alors que les parents qui exercent l'autorité parentale sont les « *représentants légaux* » de leur enfant mineur car ils détiennent ce pouvoir de par la loi (C. civ., art. 389-3).

Le recours à ce mandataire répond à une nécessité juridique mais ce n'est pas sans heurter un concept, l'autorité des parents. D'où la recherche constante, tant du législateur que des magistrats, de concilier deux droits naturels, dignes

⁵⁰ Voir Rapp. AN, n°3651, p. 40.

d'intérêt : pour l'enfant, celui de lui permettre d'exercer ses droits ; pour les parents, celui de ne pas attenter de manière abusive à leurs prérogatives.

A ce titre et en l'absence de définition légale, on peut dire que l'administrateur *ad hoc* est un représentant spécial, désigné par un magistrat qui se substitue aux représentants légaux pour représenter leur enfant mineur dans une procédure en cours ou à l'occasion d'un acte.

23. Conflit d'intérêts. L'administrateur *ad hoc* intervient donc sur décision judiciaire pour représenter les intérêts d'un mineur lorsqu'il y a conflit d'intérêt entre l'enfant et ses représentants légaux, ou, dans les procédures pénales, lorsque ceux qui ont l'autorité parentale ne remplissent pas pleinement leur rôle.

Il est donc désigné pour représenter les intérêts d'un enfant et faire appliquer, dans les procédures pénales, par exemple, les droits reconnus à la partie civile.

24. Divers mandats. L'exercice de la fonction d'administrateur *ad hoc* se matérialise par des mandats civils, pénaux, mais aussi administratifs. Au fil des remaniements législatifs et réglementaires intervenus depuis 1989, le champ des prérogatives s'est considérablement élargi.

25. Ce mécanisme de représentation de substitution présente le double caractère, d'une part d'être limité dans le temps et dans sa portée et d'autre part d'être subsidiaire, en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer uniquement lorsque les représentants naturels, à savoir les parents, ne sont pas en mesure d'assurer pleinement cette fonction.

L'administration «*ad hoc* » se distingue de la tutelle qui consiste à représenter une personne d'une manière continue dans les actes de la vie civile. Le législateur a donc prévu le recours à un administrateur *ad hoc* lorsque les intérêts de l'enfant mineur apparaissent ou sont en opposition avec ceux de son ou ses représentants légaux, ou lorsque « *la protection des intérêts de l'enfant victime n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux* », mais également en cas d'absence de représentant légal accompagnant un mineur étranger lors de son entrée en zone d'attente ; lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français.

En raison de son incapacité d'exercice, le but recherché en recourant à l'administration *ad hoc* est de permettre au mineur d'accéder à la justice et de préserver ses intérêts.

Depuis plusieurs années, on assiste à une généralisation de l'administrateur *ad hoc* dans le sens où il y a extension manifeste et du champ d'intervention de l'administrateur *ad hoc* et des possibilités de recourir au mécanisme de représentation « *ad hoc* ».

26. En matière civile. Dans le cadre de la procédure civile, la notion d'administrateur *ad hoc* a été introduite dans le Code civil par la loi du 6 avril 1910 afin de tempérer la toute puissance qu'a alors le père en tant qu'administrateur des biens de son enfant légitime.

Sa mission est liée à la gestion et à la protection des biens du mineur. Il est désigné par le juge des tutelles. La loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 lui a, par la suite, conféré le droit de représenter le mineur quand il y a opposition de ses intérêts avec ceux de ses représentants légaux.

Désormais, le cadre juridique d'intervention de l'administrateur *ad hoc* est celui de la protection des intérêts du mineur non émancipé, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, dans toutes les procédures contentieuses ou à l'occasion d'un acte extrajudiciaire.

La loi du 8 janvier 1993 relative aux affaires familiales et aux droits de l'enfant a réaffirmé son rôle en étendant son mode de désignation, un même signifiant « *administrateur ad hoc* » a été retenu pour toutes ces missions.

Et pourtant, encore aujourd'hui, des décisions utilisent des termes inappropriés pour qualifier ce représentant judiciaire : tuteur *ad hoc* - tuteur administratif *ad hoc* - mandataire *ad hoc* - administrateur spécial.

Le décret du 16 septembre 1999, pris en application de la loi du 17 juin 1998 sur la répression des agressions sexuelles, introduit des dispositions spécifiques quant au rôle de l'administrateur *ad hoc* dans le cadre de la procédure civile.

27. A l'origine, lorsque le mécanisme du représentant *ad hoc* a été introduit dans le Code civil, il s'agissait de répondre aux hypothèses dans lesquelles dans le cadre de la représentation de l'enfant, l'administrateur légal se trouvait dans une position difficilement compatible avec la défense des intérêts de l'enfant, en

l'écartant de la représentation du mineur au profit d'un tiers, administrateur *ad hoc* le plus souvent. Le même mécanisme se retrouve dans la tutelle avec le subrogé-tuteur comme palliatif de l'opposition d'intérêts entre le tuteur et l'incapable majeur. L'opposition d'intérêts constitue une sorte de limite à la représentation.

Il semble cependant qu'avec **l'influence de la Convention internationale des droits de l'enfant** et la tendance à une meilleure participation de l'enfant à l'exercice de ses droits, le recours à l'administrateur *ad hoc* constitue un moyen pour favoriser la représentation des intérêts de l'enfant, et ce, indépendamment de son représentant légal sans forcément écarter ce dernier. De ce point de vue l'administrateur *ad hoc* est une possibilité pour le mineur d'acquérir une certaine autonomie procédurale.

28. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁵¹ a posé le principe selon lequel l'enfant est une personne et à ce titre, lui reconnaît des droits civils, sociaux et culturels, mais aussi des libertés publiques directement inspirées des droits de l'homme. Dès son entrée en vigueur en France, cette Convention a rencontré des difficultés pour son application. La Cour de cassation a mis un terme à la pratique des juridictions du fond qui en de nombreuses affaires, considéraient plusieurs de ses articles comme d'applicabilité directe.

La Haute juridiction déduisait de l'article 4 qui prévoit que : « *Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures (...) nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente convention, que les dispositions ne créent d'obligation qu'à la charge des États parties et ne peuvent donc être invoquées devant les juridictions nationales* ».

La jurisprudence de la première chambre civile a évolué. Actuellement, il semble qu'elle s'engage sur la voie d'une application directe « *sélective* » de la **Convention de New York** (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, droit d'être entendu dans toute affaire le concernant) et rejoint par la même, la pratique suivie par le Conseil d'État⁵². Pour autant, cela ne signifie nullement que l'ensemble des

⁵¹ Adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989, elle est entrée en vigueur dans le monde le 2 septembre 1990 après avoir été ratifiée par 20 États. En ce qui concerne la France, elle signa cette Convention le 26 janvier 1990 et, par une loi du 2 juillet 1990, en a autorisé la ratification qui eût lieu le 7 août 1990. Elle est entrée en vigueur en France, le 6 septembre 1990 et fût publiée au Journal officiel de la République française le 12 octobre 1990.

⁵² Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005 – Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005.

dispositions de la Convention de New York sera considéré comme d'application directe. La question de l'opposabilité de cette convention internationale devant les juridictions nationales faisant encore débat, c'est donc au niveau européen qu'une avancée a eu lieu.

Ainsi, la **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**, élaborée par le Conseil de l'Europe en complément de la Convention de New York, signée par la France le 4 juin 1996⁵³, devait être ratifiée pour être applicable en droit interne. La loi du 1^{er} août 2007⁵⁴ en a enfin autorisé son approbation.

Le but de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants est de permettre l'exercice effectif des droits des mineurs dans le cadre des procédures judiciaires les concernant. Son objet vise donc à promouvoir les droits des enfants mineurs, notamment en leur accordant des droits procéduraux, qui peuvent être mis en œuvre par les enfants eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, en conséquence le mandat *ad hoc*.

29. En matière pénale. Les procédures judiciaires visées sont essentiellement celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales. Outre la procédure d'assistance éducative où le mineur a la capacité d'agir seul à condition qu'il ait un discernement suffisant, le mineur non émancipé ne peut intervenir personnellement et directement dans les autres procédures visées, à quelque titre que ce soit, comme demandeur ou défendeur. Il devra obligatoirement être représenté.

Accorder aux mineurs des droits procéduraux dans des litiges familiaux relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, c'est du même coup, étendre le champ d'intervention de l'administrateur *ad hoc* à des domaines qui lui étaient jusque-là fermés.

L'administrateur *ad hoc* au pénal apparaît avec la loi du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements et à la protection des mineurs. Cette loi a modifié le Code de procédure pénale et prévoit la faculté du juge d'instruction ou de la juridiction du jugement pénal, de désigner un administrateur *ad hoc*, lorsque

⁵³ Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 septembre 1995, elle est ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe et ceux non-membres qui ont participé à son élaboration, depuis janvier 1996.

⁵⁴ Publiée au JO le 2 août 2007.

le mineur est victime d'un crime sexuel commis par un ascendant légitime naturel ou adoptif, un tuteur ou toute autre personne ayant autorité sur lui (CPP., Art. 87-1).

La loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles a étendu les possibilités de désignation d'un administrateur *ad hoc* (CPP., art. 706-50). Le décret du 16 septembre 1999 pris en application de la loi du 17 juin 1998 amorce une ébauche du statut de l'administrateur *ad hoc*.

30. En matière administrative. La loi du 4 mars 2002 ainsi que le décret du 2 septembre 2003 ont opéré un grand changement en attribuant de nouvelles missions aux administrateurs *ad hoc* : l'assistance et la représentation des mineurs étrangers isolés. Anciennement dénommés mineurs étrangers « non accompagnés », cette appellation s'est avérée ne pas tenir compte de la réalité migratoire de ces jeunes et de leur situation d'arrivée.

En effet, nombreux sont ceux qui arrivent effectivement accompagnés par des adultes. Cependant ces personnes ne sont pas nécessairement titulaires de l'autorité parentale, elles peuvent simplement avoir été contractées par les représentants légaux en vue d'accompagner leur enfant durant le trajet. C'est la raison pour laquelle aujourd'hui, l'appellation, mineurs étrangers « *isolés* », semble s'être imposée auprès des milieux institutionnels et associatifs francophones. Le Haut Commissariat aux Réfugiés donne quant à lui sa préférence à la notion d'enfants « *séparés* » et les définit comme des « *enfants de moins de 18 ans qui se trouvent en dehors de leur pays d'origine et sont séparés de leurs deux parents ou de leur ancien tuteur légal ou coutumier*⁵⁵ ».

En respect des engagements pris au titre des textes internationaux⁵⁶, l'État français considère ainsi que tout mineur étranger sans référent légal sur le territoire est non seulement incapable juridiquement, mais également potentiellement en danger⁵⁷ et doit donc se voir désigner un administrateur *ad hoc*.

⁵⁵ Déclaration de bonne conduite du Haut Commissariat aux Réfugiés, 2004.

⁵⁶ La France est ainsi notamment signataire de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur l'asile, de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de décembre 1948, de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales de 1950 ainsi que de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989.

⁵⁷ Code civil, articles 375 et 375-5 modifiés par Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 - article 14 et 22 JORF 6 mars 2007

Cependant, le champ d'intervention de ce dernier va se trouver limité par les exigences nationales en matière d'immigration, souvent incompatibles avec le réel besoin de prise en charge de ces mineurs.

Au regard de la législation nationale, la définition légale du mineur étranger isolé repose sur deux statuts juridiques distincts : celui afférant à la reconnaissance de la qualité de mineur et donc bénéficiaire à ce titre de la protection de l'enfance, et celui applicable aux étrangers et aux demandeurs d'asile soumettant ainsi le jeune aux lois de l'immigration.

La législation en vigueur apporte toutefois une légère clarification en faisant entrer ces jeunes officiellement dans le champ de la protection de l'enfance.

Ainsi, aux termes de la loi du 5 mars 2007, les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille sont considérés en état de danger et requièrent une prise en charge au titre de la protection de l'enfance⁵⁸. Cependant, cette loi ne prévoit rien de plus spécifique à l'égard des mineurs étrangers isolés et fait l'impasse sur les responsabilités de chacun quant à leur prise en charge.

La question de la répartition du financement n'est pas résolue, puisque la prise en charge des dépenses relatives aux frais de visite médicale, à la restauration ou encore à l'hébergement, n'est pas envisagée de façon égale sur le territoire⁵⁹.

31. L'administrateur *ad hoc* intervient donc à un moment délicat du parcours parfois long et périlleux du mineur et son rôle consiste à défendre ses droits dans la limite des règles applicables en matière d'immigration.

Il exerce ainsi une mission de représentation dans toutes les démarches administratives et juridictionnelles relatives d'une part, à son maintien en zone d'attente et/ou son entrée sur le territoire, et d'autre part à la reconnaissance de sa qualité de réfugié dans le cadre d'une demande d'asile, ainsi que dans tous les recours contentieux subséquents.

⁵⁸ Article 1 de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

⁵⁹ Les dépenses relatives à la prise en charge des mineurs étrangers isolés arrivant à Paris seront assumées par l'État alors que celles des jeunes se trouvant dans les autres départements le seront par le Conseil Général.

Institué à l'origine pour éviter l'invalidation de la procédure de maintien en zone d'attente en raison de l'incapacité juridique des mineurs⁶⁰, sa mise en place ne limite que peu le risque de refoulement vers un autre pays, susceptible d'intervenir à tout moment.

La finalité même de cette représentation a d'ailleurs été remise en cause par certains qui doutent de l'utilité de son existence. Bien que tiraillé entre les politiques en matière d'immigration et le système de protection de l'enfance, l'administrateur *ad hoc* dispose de plusieurs moyens lui permettant d'œuvrer pour la défense des droits des mineurs étrangers.

32. On retrouve également la dénomination de mandataire *ad hoc* dans la législation relative aux copropriétés en pré-difficultés avec un rôle similaire à celui du mandataire *ad hoc* de la loi de sauvegarde.

- **Le mandat *ad hoc* en droit de la copropriété :**

33. Appliquée aux copropriétés en pré-difficultés, la **procédure du mandat *ad hoc*** est issue de la **loi n° 94-624 du 21 juillet 1994** qui avait mis en place une procédure d'administration provisoire pour les copropriétés éprouvant de graves problèmes de gestion mettant en péril la santé financière du syndicat ou la conservation de l'immeuble⁶¹. Un décret n° 95-162 du 15 février 1995 avait apporté d'utiles précisions sur la mise en oeuvre de la procédure⁶².

Si ces textes ont été modifiés, notamment par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, dite loi *SRU*, ils ne

⁶⁰ La Cour de cassation en date du 2 mai 2001, Bulletin d'information n° 538 du 01/07/2001, avait cassé et annulé une ordonnance rendue le 16 janvier 1999 qui déclarait nulle la procédure relative au maintien en zone d'attente d'une mineure, sur le fondement qu'elle aurait dû bénéficier d'un représentant légal en application de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile. C'est suite à cette jurisprudence qu'une réforme législative s'est opérée en confiant aux administrateurs *ad hoc* l'exercice des mandats administratifs, permettant ainsi de légitimer le maintien de mineurs en zone d'attente.

⁶¹ Loi n° 65-557, 10 juillet 1965, article 29-1 et s.

⁶² Décret n°67-223, 17 mars 1967, article 62-1 et s.

traitaient que de situations délicates dont l'importance était d'ores et déjà avérée, ce qui minimisait souvent les chances de retour à une bonne et saine administration de la copropriété.

C'est la raison pour laquelle il avait été proposé d'anticiper les problèmes, en particulier en déterminant des critères susceptibles de générer un « audit » de la copropriété.

34. L'idée générale consistait à désigner un « *observateur* » dont la tâche serait, dans un premier temps, d'établir un bilan des difficultés auxquelles est confronté un syndicat de copropriétaires pour ensuite, dans un second temps, préconiser un ou plusieurs remèdes propres à les éradiquer ou à les minorer à un niveau acceptable. La démarche se rapproche alors fortement de ce que l'on peut connaître dans le cadre des entreprises en difficulté⁶³.

L'exposé des motifs de la loi nouvelle fait état de « *dispositions devant permettre de répondre en amont aux problèmes financiers d'une copropriété avant qu'il ne devienne difficile et coûteux d'y remédier* ».

Cette approche préventive a été retenue par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, dite loi « *Boutin* » de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion au sein de deux nouveaux articles de la loi du 10 juillet 1965, articles 29-1-A et 29-1-B, et en amont des dispositifs existants pour les copropriétés en difficulté, sous la forme d'une procédure d'alerte débouchant sur la désignation d'un mandataire *ad hoc*⁶⁴. La nomination d'un mandataire *ad hoc* s'effectue sans dessaisissement ou substitution aux organes de décision et de gestion du syndicat.

35. Le décret n° 2010-391 du 20 avril 2010 est venu compléter le décret du 17 mars 1967 pour déterminer les modalités d'application des dispositions législatives. Une sous-section dénommée « *procédure préventive* » a ainsi été ajoutée au texte réglementaire, contenant les articles 61-2 à 61-11 nouveaux.

La Commission relative à la copropriété a adopté le 15 juillet 2010 une recommandation n° 26 relative au mandataire *ad hoc* des articles 29-1-A et 29-1-B

⁶³ L'expression « observateur du syndicat » avait été choisie à l'origine par le projet de loi avant de se voir préférer celle de « mandataire *ad hoc* ».

⁶⁴ V. G. Vigneron et J.-M. Roux, Droit de la copropriété après la loi du 25 mars 2009 : Loyers et copr. 2009, étude 6.

de la loi du 10 juillet 1965 avec pour objectif de mieux cerner les conditions et les modalités de sa désignation.

À ce titre, après avoir rappelé qu'il existe divers types de mandataires dans le cadre du régime de la copropriété des immeubles bâtis, le mandataire commun de l'article 23 de la loi du 10 juillet 1965, le mandataire de justice des articles 8 et 50 du décret du 17 mars 1967, les mandataires *ad hoc* des articles 54 et 56 du même décret, et qu'ils se distinguent du mandataire désigné dans le cadre d'un syndicat en pré-difficulté, la Commission constate que le mandataire *ad hoc* prévu à l'article 29-1A de la loi du 10 juillet 1965 exerce un rôle différent des mandataires ci-avant mentionnés et que le juge intervient pour la désignation et l'élaboration de la mission du mandataire *ad hoc*, lequel ne représente ni les copropriétaires, ni le syndicat des copropriétaires, ni les créanciers dudit syndicat.

36. La terminologie utilisée par la jurisprudence en ce qui concerne la notion de mandataire *ad hoc* manque de rigueur puisque les tribunaux emploient indifféremment les termes d'administrateur provisoire, administrateur, mandataire judiciaire, administrateur *ad hoc* ou mandataire *ad hoc*.

Une distinction entre ces différentes notions et celle de mandataire *ad hoc*, au sens du Livre 6 du Code de commerce, s'est alors imposée dans la présente étude afin de déterminer s'il existe un statut commun à ces divers mandataires, aux noms divers, nommés par le juge, et qui interviennent pour une situation particulière dans une durée limitée afin de trouver une issue rapide et efficace.

Le dénominateur commun est souvent la définition du terme *ad hoc* qui s'applique « à toute personne ou à tout organe à qui est assigné une mission précise et momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités à cette fin ».

37. Le mandataire *ad hoc*, dans la loi de sauvegarde des entreprises en difficultés, est celui qui est désigné à l'effet de remédier à des difficultés ponctuelles. Il reçoit un mandat judiciaire spécial d'accomplir un acte déterminé.

Le mandat *ad hoc*, n'emporte pas dessaisissement général de principe de l'organe légal de représentation.

On retrouve ce type de mandat spécial dans d'autres domaines du droit où des mandataires ont un rôle de représentation similaire à celui du mandataire *ad hoc* de la loi de sauvegarde et qui parfois ne sont pas dénommés de la même façon.

Ils interviennent pour mettre fin à des situations de blocage ou de conflit d'intérêts et détiennent surtout des mandats de représentation.

En droit des mineurs, des majeurs protégés ou assistés, dénommé administrateur *ad hoc*, tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc*, le mandataire est désigné en cas de conflit d'intérêts fondé sur des causes à caractère patrimonial ou extra-patrimonial avec mandat de représentation.

En droit des sociétés, le mandataire *ad hoc* sera désigné en cas de conflit d'intérêts opposant des associés au sein d'une société, par exemple, ou en cas de blocage.

De même, **en matière successorale**, il peut également intervenir dans les situations de blocage, en cas d'inertie ou de carence des héritiers et sera qualifié de mandataire judiciaire, mandataire successoral ou mandataire.

38. Il est cependant apparu difficile de dégager un statut homogène des mandataires *ad hoc* car la diversité des domaines du droit dans lesquels ils interviennent a créé autant d'embryons de statuts différents.

De même le statut des différents mandataires intervenant en matière successorale ou en droit des mineurs a nécessité une étude particulière du fait de la spécificité liée aux auteurs de la saisine, aux conditions exigées, de la particularité du mandat posthume ou de protection future.

Le mandataire *ad hoc* de la loi de sauvegarde joue, outre un rôle de représentation, un rôle de négociation financière avec les créanciers en matière

de sauvegarde des entreprises et de copropriétés en pré-difficultés. Il est un organe judiciaire indépendant qui présente de nombreux atouts.

39. Dès lors, l'objet de la présente étude est de déterminer dans un premier temps le rôle de représentation du mandataire *ad hoc* (**Partie 1**) que l'on constate dans différents domaines du droit, puis son rôle de négociation plus spécifique à la procédure de sauvegarde et aux copropriétés en pré-difficultés (**Partie 2**).

PREMIÈRE PARTIE.

LE MANDATAIRE *AD HOC*, UN RÔLE DE REPRÉSENTATION

40. Dans certaines branches du droit, **le mandataire *ad hoc* joue un rôle de représentation** qui est défini couramment comme l'« *action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel, le représentant, d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre, incapable ou empêchée, le représenté, un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté*⁶⁵ ».

Il n'existe pas dans le Code civil un régime général de la représentation. La théorie de la représentation a été construite, en France, par la doctrine à partir du patrimoine et de la personne du représenté. Elle a donc été élaborée après la rédaction du Code civil sur le fondement du contrat de mandat et résulte d'une évolution de ce contrat.

41. La représentation aux sources multiples. La représentation en tant que technique autonome n'est apparue que progressivement. Elle est devenue ensuite une technique aux sources diverses et aux applications toutes aussi multiples.

En effet, à côté de la représentation conventionnelle issue du contrat de mandat existe une représentation légale ou judiciaire qui confère un pouvoir de représentation à une personne indépendamment de toute volonté exprimée du représenté.

La représentation a une source conventionnelle lorsque le représenté confie volontairement la représentation de ses intérêts au représentant ; elle est sans doute la plus courante.

La représentation peut avoir une source légale. Elle est alors souvent une représentation nécessaire. L'incapable mineur ou majeur ne peut agir par lui-même. La personne morale n'a pas de volonté propre qui lui permette de consentir par elle-même aux actes qui l'intéressent. Dans ces situations, le recours à la représentation est une nécessité pratique.

La représentation judiciaire n'est pas moins importante ni moins courante. Une décision judiciaire peut ainsi habiliter un époux à représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté (C. civ., art. 219). Une disposition analogue figure dans le Code civil en matière d'indivision (C. civ., art. 815-4). Les organes de la

⁶⁵ G. CORNU [sous la dir. de], Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 9e éd., 2011, PUF, Voir Représentation.

procédure, administrateurs judiciaires et représentants des créanciers en droit des procédures collectives sont des représentants dont les pouvoirs découlent d'une décision de justice, le jugement d'ouverture.

L'utilité de cette technique a favorisé son développement dans différentes domaines du droit.

42. Les conditions d'intervention du mandataire *ad hoc*. L'intervention du mandataire *ad hoc* dépend ainsi de l'existence de certaines conditions qui sont principalement des situations de conflit d'intérêts ou de blocage.

En droit des mineurs ou des majeurs protégés ou assistés, la principale condition de nomination d'un mandataire doté d'un mandat spécial est le conflit d'intérêts.

En droit des sociétés, notamment, cette condition est présente mais il existe d'autres situations conduisant à des blocages. En effet, en cas de refus d'un chef d'entreprise de déposer les comptes de sa société, en cas de liquidation amiable d'une société qui n'est plus représentée, un mandataire *ad hoc* doit être nommé.

C'est pourquoi il conviendra d'avoir une approche séparée en ce qui concerne le droit des mineurs ou des majeurs protégés ou assistés, et le droit des sociétés.

43. Bien que ces différents mandataires aient comme point commun d'être nommés pour mettre fin efficacement et rapidement à une situation de conflit ou de blocage dans une durée limitée, la variété de leurs domaines d'intervention conduit à dégager une **diversité de leurs statuts**.

Il est donc apparu nécessaire de préciser la spécificité de chacun pour en déduire qu'il est impossible de déterminer un statut commun du mandataire *ad hoc*.

44. Dans le cadre du mandat posthume ou du mandat de protection future, le mandataire n'intervient cependant pas dans des hypothèses de conflit ou de blocage. Relevant, néanmoins, du droit successoral, il a paru opportun d'aborder l'ensemble des mandataires intervenant dans ce domaine du droit lors de l'étude de la spécificité des statuts des différents professionnels.

Par ailleurs, le mandataire *ad hoc* nommé pour mettre fin à une situation de crise ou protéger l'intérêt social contre un risque particulier dans une société se rapproche en beaucoup d'aspects du mandataire *ad hoc* du livre VI du Code de

commerce. Son statut sera donc abordé lors de l'étude de ce dernier dans la deuxième partie.

45. Il convient donc, dans le cadre de son rôle de représentation, de déterminer les conditions de nomination du mandataire *ad hoc* (**Titre I**), avant d'étudier les différents statuts de ce dernier (**Titre II**).

TITRE I.

LES CONDITIONS D'INTERVENTION DU MANDATAIRE *AD HOC*

46. Le mandataire *ad hoc* est nommé avec mission de représentation, lorsque des conflits d'intérêts ou de blocage surgissent que ce soit en droit des sociétés, ou droit des mineurs ou pour les majeurs protégés ou assistés surviennent.

47. Absence de définition légale de la notion de conflit d'intérêts. Aucun texte ne définit le conflit d'intérêts, même si le Code civil l'évoque de manière allusive. La doctrine a dès lors tenté de remédier à ce vide juridique en proposant diverses définitions.

Pour Pierre-François CUIF, « *le conflit d'intérêts peut se définir comme la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs*⁶⁶ ».

Il s'agit donc de l'application d'un principe de droit qui veut que « *nul ne peut faire prévaloir son intérêt personnel sur les intérêts dont il a la charge* ».

Selon cette vision, le conflit d'intérêts met en opposition une obligation, celle d'un professionnel en règle générale, avec l'intérêt du bénéficiaire de ce droit, le créancier de l'obligation.

Ainsi un mandataire doit nécessairement agir pour son mandant et ne peut contracter pour son propre compte. A défaut, il s'agit d'une entrave ou d'un détournement à la bonne exécution d'une obligation par le fait de l'obligé lui-même, qui se détourne de la bonne exécution de son obligation pour des raisons qui lui sont propres.

Cette conception du conflit d'intérêts d'inspiration civiliste, centrée sur le droit des obligations, est fortement inspirée du droit du mandat, par lequel le mandataire prend en charge les intérêts du mandant avec toute la diligence requise, ceci d'autant plus lorsqu'il est un professionnel.

Or, force est de constater que la notion de conflit d'intérêts n'est toutefois présente que de manière allusive et très restreinte dans le Code civil lequel édicte des interdictions d'acquérir en cas d'adjudication destinées à éviter toute suspicion de conflit d'intérêts.

⁶⁶ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé » : RTD com. 2005, p. 1 et s.

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'article 1596 dispose : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins; les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire* ».

48. La doctrine souligne unanimement que cette notion n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence, notamment parce que cette question est traditionnellement considérée comme entrant plus dans le domaine de la déontologie que dans le domaine juridique.

49. Évoquée dans **une recommandation du Conseil de l'Europe et par le Comité de la gouvernance publique de l'OCDE**, la définition du conflit d'intérêts ne concerne que **les agents publics** et est ainsi définie :

« Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujetti »⁶⁷.

« *Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme* »⁶⁸.

⁶⁷ Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres sur les codes de conduite pour les agents publics, 11 mai 2000.

⁶⁸ 29^{ème} session du Comité de la gouvernance publique, Paris 15-16 avril 2004.

Elle peut être définie plus moins largement selon les acteurs visés. La première définition rappelée ci-dessus, ne vise que le conflit d'intérêts dans la fonction publique, la seconde beaucoup plus large, embrassant tous types d'acteurs. L'intérêt personnel est compris de façon très large. Il peut être direct ou indirect et concerner la personne seule ou ses proches. Cet intérêt peut être très varié et notamment de nature économique, financière, politique, professionnelle, confessionnelle ou sexuelle.

50. Les organismes publics. La prévention des conflits d'intérêts dans les organismes publics transparait néanmoins, en France, au travers de différents textes régissant l'intervention des agents publics :

- qui prévoient les règles de déontologie qui s'imposent à eux : probité, impartialité, indépendance professionnelle, neutralité y compris commerciale à l'égard des entreprises ;

- qui définissent des incompatibilités de fonctions : en encadrant l'exercice d'un cumul d'activités, la détention de parts sociales ou encore l'incompatibilité de certains mandats... ;

- qui déterminent les sanctions aux infractions pouvant être consécutives à un conflit d'intérêts : prise illégale d'intérêts⁶⁹, délit de favoritisme dans les marchés publics, corruption passive des agents publics⁷⁰.

⁶⁹ Art. 432-12 du Code pénal précise que la prise illégale d'intérêts est « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ».

⁷⁰ Art. 432-11 du Code pénal précise concernant la corruption passive et du trafic passif d'influence que : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui : 1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou faciliter par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

51. Code déontologie. C'est également dans les codes de déontologie que les dispositions relatives au conflit d'intérêts trouvent le plus souvent leur place, quoique le législateur s'y intéresse de plus en plus du fait de sa défiance grandissante pour l'autorégulation⁷¹.

Le code de déontologie des avocats⁷² qui distingue entre les principes et la définition du conflit d'intérêts, fait un peu exception en ce qu'il se veut assez concret sur les situations de conflit d'intérêts. Ainsi, quand il exerce une fonction de représentation ou de défense, l'avocat est en situation de conflit d'intérêts si *« l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie »*.

Divers mécanismes peuvent aider à prévenir ces situations. Ainsi en est-il de la mise en place d'un régime d'incompatibilité comme l'interdiction ou la limitation du cumul des mandats, mais également des mesures de contrôle et de prévention (telle que l'information et la sensibilisation des acteurs, le contrôle des agents à risque, la transparence de leur action et leur formation), ou enfin la mise en place d'une déclaration d'intérêts pour les agents les plus exposés⁷³.

52. La notion de conflit d'intérêts est donc applicable au secteur public et au secteur privé. Dans le secteur public, les lois et règlements prévoient des sanctions dans les situations de conflit d'intérêts. Dans le secteur privé, à côté d'éventuelles sanctions (nullité de la vente, en cas d'irrespect des incompatibilités...), une prévention a été prévue par le législateur. Elle se traduit par la nomination d'un mandataire *ad hoc* qui représentera une des parties.

Il apparaît que dans le domaine privé les risques de situations de conflit d'intérêts sont nombreux notamment en ce qui concerne le dirigeant de société ou

⁷¹ V. part. V. MAGNIER, « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le droit des sociétés » : JCP G supp. au n° 52, déc. 2011, p. 34.

⁷² Article 4 du Code de déontologie des avocats Code Dalloz.

⁷³ Le principe est de faire une déclaration individuelle de patrimoine, régulièrement actualisée, dont la non-production serait passible de sanctions. Elle contiendrait le détail du patrimoine de la personne, voire celui de ses proches, ainsi que la liste de tous les autres intérêts susceptibles de créer une situation à risque.

d'association. Il est en conséquence éclairant de se référer au conflit d'intérêts dans le droit des sociétés.

53. Le conflit d'intérêts en droit des groupements. La notion a fait l'objet d'un guide⁷⁴ pratique, publié par le Medef, qui livre une définition centrée sur les notions **d'indépendance et d'objectivité**. Cependant, les sources du conflit d'intérêts, c'est-à-dire les raisons qui écartent de l'objectivité, de l'indépendance, voire de l'impartialité, sont tellement multiples qu'elles rendent l'exercice de définition du conflit d'intérêts particulièrement complexe. Néanmoins, s'agissant des dirigeants d'entreprises, le conflit d'intérêts semble trouver sa source principale dans l'existence d'intérêts financiers qui divergent, et en particulier entre l'intérêt social et l'intérêt des associés ou dirigeants.

54. Les conventions réglementées. C'est d'ailleurs ce que sous-tend le régime des conventions réglementées telles qu'elles sont définies par le Code de commerce. Les conventions réglementées ne sont, par opposition aux autres conventions, ni libres, ni interdites, en ce qu'elles sont soumises à une procédure d'autorisation et de contrôle et ce quel que soit leur objet, qui aujourd'hui pourraient d'ailleurs être remises en cause ou assouplies⁷⁵.

En effet dans une société, les dirigeants peuvent être tentés de faire prévaloir leurs intérêts personnels sur l'intérêt social de la société. Afin de prévenir ce genre de conflits d'intérêts, le législateur a trouvé un compromis fondé sur les risques liés aux contrats en cause : certaines conventions entre associés ou dirigeants et la société sont donc interdites, d'autres libres, d'autres enfin sont soumises à une autorisation préalable.

Avant la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), le champ d'application des conventions réglementées était limité aux hypothèses d'un dirigeant qui conclut avec la société une opération dans laquelle il avait un intérêt personnel, direct ou indirect.

⁷⁴ Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise – Guide à destination des dirigeants d'entreprises. Mouvement des Entreprises de France Comité d'éthique, avril 2011

⁷⁵ A. COURET, « much ado about nothing (or not much), BJS, oct. 2013, éditorial, p. 609.

Depuis la loi NRE, dans les sociétés anonymes, l'article L. 225-38 du Code de commerce soumet certaines conventions à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Ces conventions sont celles conclues, directement ou par personne interposée, entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

Il en est de même des conventions auxquelles une de ces personnes est indirectement intéressée, à savoir le conjoint des personnes visées par l'article L. 225-38 du Code de commerce. C'est notamment le cas lorsque cette personne tire profit de la convention sous quelque forme que ce soit, pécuniaire ou non.

Sont également considérées comme réglementées « *les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise* ».

La procédure des « *conventions réglementées* » a donc pour objectif de prévenir les situations de conflit d'intérêts et éviter un abus de biens sociaux ou un acte contraire à l'intérêt social.

La référence à la définition du professeur Dominique Schmidt sur les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes⁷⁶ apporte ainsi un éclairage significatif puisque ce dernier voit un conflit d'intérêts dans la situation dans laquelle une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts, lorsque ces intérêts sont contradictoires. La contradiction n'existe dans cette acception du terme que lorsqu'on constate une antinomie entre les deux intérêts en confrontation.

55. Le conflit d'intérêts et parentalité. L'opposition d'intérêts constitue également, dans la relation parents-enfant, une situation anormale. Selon les termes du Code civil, lorsque les intérêts du mineur sont, ou apparaissent, en opposition avec ceux de ses représentants légaux, la présomption selon laquelle les parents sont les mieux à même de défendre les intérêts de leur enfant est

⁷⁶ D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Éd. Joly, 2004.

renversée. Le législateur fait intervenir (C.civ, art. 388-2 issu de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993) un tiers dans la relation parents-enfants, l'administrateur *ad hoc*, qui constitue le remède à l'opposition d'intérêts.

Bien que nommé administrateur *ad hoc* et non mandataire *ad hoc*, le droit de la famille entre dans le champ de notre étude, notamment pour constater les similitudes entre ces deux notions mais également afin de les distinguer.

L'administrateur *ad hoc* est en effet nommé par le juge pour représenter le mineur dans une durée limitée pour un objet précis. Il s'agit de situations qui peuvent être résolues par l'accomplissement d'une mission déterminée, sans que l'administration courante soit entravée. Dans le cadre d'un conflit d'intérêts avec l'incapable il est possible de nommer un tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts ou de blocage entre le tuteur ou curateur et l'incapable.

56. Qu'il soit appelé mandataire, mandataire *ad hoc*, administrateur *ad hoc*, tuteur *ad hoc*, curateur *ad hoc* ou autres, ce mandataire de justice interviendra pour représenter une des parties ponctuellement en cas de conflit d'intérêts principalement en droit des mineurs ou majeurs protégés ou assistés (**Chapitre 1**) mais également en cas de blocage en droit des sociétés (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I.

LES CONDITIONS D'INTERVENTION DU MANDATAIRE *AD HOC* EN DROIT DES MINEURS OU MAJEURS PROTÉGÉS

57. Conflit d'intérêts et prévention. Le conflit d'intérêts est le sacrifice de l'intérêt d'une partie par la partie obligée, qui va poursuivre uniquement ou prioritairement le sien. Le règlement des conflits d'intérêts passe par deux voies, celle de la prévention et celle de la sanction.

Le mandataire *ad hoc* n'interviendra que dans le cadre de la prévention. Son rôle sera principalement d'apporter une solution rapide et efficace permettant de dépasser une situation conflictuelle, occasionnelle et entraînant un péril.

Le nom donné au représentant du mineur n'est pas mandataire *ad hoc*, on parle d'administrateur *ad hoc*, lequel s'apparente pour autant à ce dernier tant dans son rôle de représentation que par le fait qu'il soit nommé par le juge ponctuellement pour une durée limitée dans le cadre d'une mission précise.

La similitude des fonctions entre le mandataire *ad hoc* et l'**administrateur *ad hoc*** impose l'étude du conflit d'intérêts en droit des mineurs.

De même lorsqu'un conflit d'intérêts intervient entre la majeur protégé et son représentant usuel, un curateur *ad hoc* ou tuteur *ad hoc* pourra être nommé ponctuellement, en remplacement du tuteur ou curateur, pour une mission précise.

L'idée principale est toujours de pouvoir faire intervenir un professionnel pour une situation particulière dans une durée limitée afin de trouver une issue rapide et efficace au blocage.

58. La notion de conflit d'intérêts est donc complexe, hétérogène et peut être appréciée différemment en fonction de chaque cas d'espèce. On peut ainsi dégager des causes objectives (**Section I**) et des causes subjectives (**Section II**) de conflit d'intérêts. Il s'agira principalement de la distinction entre les causes de nature patrimoniale, par conséquent à caractère financier, et les causes de nature extrapatrimoniale, notamment dans le cadre de procédures relatives à la filiation, aux mesures d'assistance éducative.

SECTION I. LES CAUSES OBJECTIVES DU CONFLIT D'INTÉRÊTS

59. Définition de la cause objective du conflit d'intérêts. La cause objective du conflit d'intérêts est une cause de nature patrimoniale. Son objet porte sur des droits qui ont une valeur pécuniaire ou qui peuvent être évalué en argent. Les droits patrimoniaux ont une valeur d'échange et peuvent être cédés.

L'administration légale devant aboutir à une gestion des biens de l'enfant effectuée dans son intérêt, il est normal que ce dernier soit protégé contre les conséquences d'un conflit d'intérêts susceptible de l'opposer à ses parents, ses représentants légaux.

Aussi, et pour éviter de telles situations, l'article 389-3, alinéa 3, du Code civil notamment, impose-t-il aux parents, dans les situations dans lesquelles leurs intérêts seraient en opposition avec ceux de l'enfant, de demander au juge des tutelles la nomination d'un administrateur *ad hoc*. Cet administrateur sera chargé de passer l'acte ou les actes litigieux en lieu et place des parents et pour le compte du mineur.

Auparavant, l'administrateur *ad hoc* était conçu comme une institution à caractère financier ; l'opposition d'intérêts retenue en jurisprudence était donc une opposition objective, d'ordre essentiellement patrimonial⁷⁷.

60. Le conflit d'intérêt justifiant la nomination d'un administrateur *ad hoc*, tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc* se retrouve en droit des mineurs (§1) ou des majeurs

⁷⁷ R. DEMOGUE, De la notion d'opposition d'intérêts en matière de tutelle : Journ. not. 1933, p. 5. – Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988, : Gaz. Pal. 1989, 1, p. 43, note J. MASSIP ; Bull. civ. 1988, I, n° 63 ; Defrénois 1988, art. 34309, n° 82, p. 1024, obs. J. MASSIP, action intentée au nom d'un mineur en révocation pour ingratitude d'une donation consentie à sa mère. – TGI Paris, 31 mai 1996 : JurisData n° 1996-044496, inaptitude de la mère à exercer dans le seul intérêt de l'enfant sa fonction d'administratrice légale du fait de la disparité de fortune entre le mineur, héritier pour le tout de la fortune importante de son père, et sa mère, à laquelle son époux n'a rien voulu laisser. – V. aussi CA Paris, 21 févr. 1996: JurisData n° 1996-020890., opposition d'intérêts entre une veuve légataire universelle de la quotité disponible et ses enfants mineurs. Cependant, Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1981 : Bull. civ. 1981, I, n°95 ; D. 1982, somm. p. 260, obs. D. HUET-WEILLER, action en contestation de reconnaissance. – TGI Fontainebleau, 12 nov. 1975 : D. 1976, jurispr. p. 310, obs. D. HUET-WEILLER, légitimation post nuptias.

protégés ou assistés (§2). Le terme *ad hoc* accolé au titre du mandataire nommé est à présent régulièrement utilisé par la loi elle-même.

§1. LE CONFLIT D'INTÉRÊTS EN DROIT DES MINEURS

61. Dans le conflit d'intérêts existant entre représentants légaux et mineurs, l'administrateur *ad hoc* pourra être nommé pour représenter le mineur. L'existence du conflit d'intérêts relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (A). Ils désignent un administrateur *ad hoc* lorsqu'est retenu l'existence d'un conflit d'intérêts, que le mineur soit ou non partie à la procédure c'est à dire que l'administration de ses biens soit en cause ou non (B).

A. L'appréciation souveraine du conflit d'intérêts

62. Fondements. La désignation d'un administrateur *ad hoc* n'est ni automatique, ni obligatoire pour le juge. Elle n'intervient que lorsque les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux.

Le juge saisi d'une demande de désignation d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil doit apprécier s'il existe une opposition d'intérêts dans la relation parents-enfants qui justifie une telle intervention.

L'opposition d'intérêts dans la relation parents-enfant est une situation de fait envisagée expressément par l'article 388-2 créé par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales et l'article 389-3 du Code civil créé par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation.

L'article 388-2 du Code civil dispose ainsi que « *Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à*

défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter. »

L'article 389-3 du Code civil quant à lui énonce que « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office. Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire ».

63. Contrairement à l'article 388-2 qui exige qu'une procédure soit engagée pour pouvoir désigner un administrateur *ad hoc*, l'article 389-3 peut trouver application non seulement pour les actions en justice, mais également pour les actes extrajudiciaires.

Le juge peut refuser cette désignation s'il estime que l'opposition d'intérêts n'est pas caractérisée.

64. Situation de fait sans définition précise dans les textes qui se contentent de prévoir des organes susceptibles d'apporter une réponse à ce type de situation, la détermination judiciaire de l'opposition d'intérêts soulève d'importantes difficultés⁷⁸. Étant une question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation exerce cependant son pouvoir de contrôle sur cette qualification juridique.

⁷⁸ J. HAUSER, «Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice », RTD civ. 1997.749. Sur les difficultés d'appréciation de la notion d'opposition d'intérêts : Civ.1^{ère}, 8 mars 1988, D. 1988. IR. 81 ; Defrenois 1988, p. 1024, obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal. 1989.1.43, note J. MASSIP ; Bull. civ. I, n°63.

65. En matière patrimoniale. Il existe une jurisprudence relativement fournie et ancienne sur l'opposition d'intérêts fondée sur l'article 389-3 du Code civil.

Les juges du fond exigent que l'opposition d'intérêts soit sérieuse et vraisemblable⁷⁹, voire menaçante. Il peut s'agir d'une opposition entre le mineur ou son représentant légal, ou d'une opposition entre plusieurs mineurs tous représentés par le même administrateur légal. L'opposition d'intérêt existe dès qu'il y a un risque de conflit. Il n'est pas nécessaire qu'il se réalise.

Un tel conflit peut notamment apparaître lorsque les situations de fortune des parents et de l'enfant sont différentes, particulièrement lorsque le patrimoine de l'enfant est composé d'actifs importants qui ont pu être reçus par voie de succession, alors que la situation pécuniaire du parent est modeste.

A titre d'exemple, le tribunal de grande instance de Paris, le 31 mai 1996, avait eu à arbitrer une affaire où le père décédé n'avait rien laissé à sa femme et tout à son enfant devenu légataire universel. La vie personnelle de l'enfant n'était pas en cause car la mère remplissait son rôle, mais la liquidation de la succession paternelle avait fait apparaître une véritable opposition patrimoniale qui avait conduit le tribunal à nommer un administrateur spécial.

Saisie sur pourvoi, la première chambre civile de la Cour de cassation le 5 janvier 1999⁸⁰ rejette le pourvoi en rappelant les constatations des juges du fond : *le mineur avait hérité de tout et elle de rien, elle ne possédait aucun bien et vivait dans un appartement devenu propriété du mineur, elle s'était sans cesse opposée à l'action de l'administrateur ad hoc et elle avait tenté de faire prendre en charge par l'enfant les honoraires de ses propres conseils.*

Il y a bien opposition d'intérêt quant aux biens mais non conflit entre les personnes d'où la révélation d'une opposition d'intérêt objective.

66. La désignation d'un administrateur *ad hoc* se révèle sans nul doute justifiée lorsque, dans un régime d'administration légale sous contrôle judiciaire, il y a

⁷⁹ Cass. req., 28 janv. 1896 : DP 1896, 1, p. 543. – Pour un simple risque d'opposition, Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1955 : D. 1956, somm. p. 40 ; JCP G 1956, II, 9259.

⁸⁰ Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, n°58, note TH. FOSSIER ; RTD civ. 1999, 184, obs J. HAUSSER ; RJPF 1999, n°2, p.13. Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, JurisData n° 2005-030425 ; Bull. civ. 2005, I, n° 390 ; Dr. famille 2006, comm. 77, note A. GOUTTENOIRE, constatant que le tribunal avait souverainement déduit des éléments de fait relevés l'existence d'une opposition d'intérêts.

opposition d'intérêts entre le mineur et l'administrateur légal⁸¹, ou lorsque dans un régime d'administration légale pure et simple, l'opposition d'intérêts existe à l'égard des deux parents.

Il devrait en être de même lorsque, sous un régime d'administration légale pure et simple, l'opposition d'intérêts n'existe qu'à l'égard de l'un des parents⁸². La nomination d'un administrateur *ad hoc*, dans ce cas, a le mérite d'éviter à l'autre parent de choisir entre les intérêts de son enfant et ceux de son conjoint⁸³.

67. Dans les successions. L'opposition d'intérêt est assez fréquente dans le cadre des successions.

Dans un arrêt du 25 mars 2009⁸⁴, la Cour de cassation a décidé que « *l'existence d'une opposition d'intérêts est établie et la désignation d'un tiers administrateur ad hoc justifiée lorsqu'il y a une opposition d'intérêts entre la mère et sa fille* ».

Le juge des tutelles a désigné M. X. en qualité d'administrateur *ad hoc* d'une mineure, avec mission notamment de représenter celle-ci dans le règlement des successions de son père M. Y., décédé, laissant deux autres enfants issus d'une précédente union, et de son grand-père paternel, ainsi que dans l'acte de vente du bien immobilier indivis dépendant de la première succession.

Dans un jugement du 7 décembre 2007, le tribunal de grande instance a confirmé cette décision. Il a relevé les difficultés engendrées par l'attitude de Mme Z., veuve Y., mère de l'enfant mineur. Elle s'est trouvée dans l'incapacité financière de régler les sommes qu'elle avait été condamnée à payer à l'indivision dans la succession de son mari Y. Enfin, elle a retardé, par l'exercice de vains recours, les opérations de règlement de cette succession et a entrepris une nouvelle action en justice dans le cadre de la liquidation des successions des grands-parents

⁸¹ CA Paris, 21 févr. 1996 : JurisData n°1996-020890. – TGI Paris, 31 mai 1996 : JurisData n°1996-044496.

⁸² J. MASSIP, Administration légale et autorité parentale : Defrénois 1995, art. 36056, p. 513, n° 13. – CL. NEIRINCK, La dualité du régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs: JCP G 2000, I, 228.

⁸³ en ce sens : Cass. 2e civ., 22 mai 1996 : Bull. civ. 1996, II, n° 100 ; Defrénois 1996, art. 36434, n° 139 ; D. 1997, jurispr. p. 340, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1996, p. 583, obs. J. HAUSER : "l'autorité parentale étant exercée en commun par les deux parents, et l'intérêt de l'enfant mineur étant en opposition avec l'un de ceux-ci, est irrecevable le pourvoi en cassation formé par le mineur représenté par un seul de ses parents contre l'arrêt ayant déclaré son intervention irrecevable".

⁸⁴ Cass. 1re civ., 25 mars 2009, n° 08-11.552 : JurisData n° 2009-047574.

paternels au risque de voir les biens, qui génèrent des frais et impôts, se dégrader et perdre de leur valeur.

La Cour de cassation rejette le pourvoi de Mme Z., et estime que le tribunal a souverainement déduit de ces éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêts entre Mme Z. et sa fille et décidé, en conséquence, de désigner un administrateur *ad hoc* pour le règlement desdites successions.

68. De même, dans une autre espèce⁸⁵, il a été précisé que si le fait d'ouvrir un compte au nom de la personne protégée est un acte d'administration, la modification de ce compte ou l'ouverture d'un nouveau compte constitue un acte de disposition.

En l'espèce, la mère, administratrice légale de sa fille, ne dispose pas de l'aptitude nécessaire et suffisante pour gérer les biens de l'enfant. Sa désinvolture à l'égard du contrôle qui lui est imposé, caractérisée par sa réticence à se rendre aux convocations du juge, démontre qu'elle n'a pas conscience de l'importance de sa mission.

La mère a été autorisée par ordonnance du juge des tutelles à placer l'héritage du père adoptif de l'enfant en assurance-vie. Mais les placements effectués par la mère n'ont pas été conformes à l'autorisation donnée.

La désignation d'un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles était donc en l'espèce nécessaire et justifiée.

69. La nomination de l'administrateur *ad hoc* sera donc justifiée lorsque les biens du mineur seront l'objet du conflit d'intérêt mais également lorsqu'ils ne le seront pas.

⁸⁵ CA Nîmes, 2e civ., sect. A, 23 avr. 2009, n° 08/05380 : JurisData n° 2009-004437

B. Le mineur partie ou non à la procédure

70. Interprétation extensive. Un administrateur *ad hoc* peut être désigné, en raison d'une opposition d'intérêts, quand les représentants légaux du mineur ne sont pas à même de remplir leur mission en exerçant pour son compte les droits dont il est titulaire. Cette représentation est également envisageable même si l'administration des biens du mineur n'est pas en cause.

Selon l'article 388-2 du Code civil, si les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter peut lui être désigné.

Par opposition à l'article 388-1 du Code civil qui offre au mineur le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant, l'application de l'article 388-2 paraît être, selon une interprétation littérale, limitée aux seuls cas où le mineur est titulaire d'un droit autonome substantiel que son incapacité à agir en justice ne lui permet pas d'exercer par lui-même.

La désignation d'un administrateur *ad hoc* ne devrait donc intervenir que dans les procédures dans lesquelles le mineur est partie et a besoin d'être représenté.

Cette conception restrictive a cependant été écartée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 23 février 1999, selon lequel : « *Une cour d'appel ne peut rejeter une demande tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc chargé des intérêts de l'enfant en énonçant que, dans cette instance relative à la dévolution de l'autorité parentale, la filiation à l'égard du père n'est pas en cause, sans faire aucune référence à une éventuelle opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants*⁸⁶ ».

Ce qui signifie implicitement que si une opposition d'intérêts avait existé, un administrateur *ad hoc* aurait pu être désigné à l'enfant pour le représenter dans une procédure à laquelle il n'était pourtant pas partie.

⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 66 ; Dr. famille 1999, comm. 146, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; D. 1999, inf. rap. p. 79 ; RTD civ. 1999, p. 601, obs. J. HAUSER.

La consécration de cette interprétation extensive, souhaitée par certains auteurs⁸⁷, a été approuvée par une partie de la doctrine dans la mesure où elle permet de renforcer la participation de l'enfant au débat judiciaire.

71. Une certaine opposition. D'autres auteurs se montrent plus réservés, considérant que la Cour de cassation opère une confusion en faisant de l'opposition d'intérêts la cause de la désignation de l'administrateur *ad hoc* et non plus la condition. Selon Madame le Professeur Neirinck⁸⁸, il n'y a pas lieu de désigner un administrateur *ad hoc* à un mineur dans une instance dans laquelle n'ayant pas qualité à intervenir, il n'a pas à être représenté. Tout au plus pourra-t-il y être entendu. Les partisans de cette jurisprudence reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes que le rôle et les pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* représentant les intérêts d'un enfant non partie à la procédure se trouvent nécessairement réduits. Ainsi l'administrateur *ad hoc* pourra être entendu par le juge si le mineur n'est pas à même de s'exprimer lui-même, mais il ne pourrait former une demande ou accéder au dossier si le mineur lui-même n'en a pas le droit⁸⁹. L'administrateur *ad hoc*, selon la Cour de cassation, ne peut avoir plus de droits que l'enfant qu'il représente⁹⁰.

72. Dans le cadre des majeurs protégés ou assistés, l'existence de conflit d'intérêts justifie également la désignation d'un tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc*.

⁸⁷ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale : Dr. famille 1998, chron. 6.

⁸⁸ CL. NEIRINCK, La dualité du régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs : JCP G 2000, I, 228.

⁸⁹ A. GOUTTENOIRE, L'enfant dans les procédures judiciaires: un statut en devenir : AJF nov. 2003, p. 368.

⁹⁰ Cass. ch. mixte, 9 févr. 2001, Bull. ch. mixte 2001, n° 1 ; JCP G 2001, II, 10514, note TH. FOSSIER ; JCP G 2001, I, 332, n° 8, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

§2. LE CONFLIT D'INTÉRÊTS EN DROIT DES MAJEURS PROTÉGÉS OU ASSISTÉS

73. Définition. La protection de la personne même du majeur est assurée par le tuteur ou curateur aux biens, la même personne assurera la mission de protection des biens et de la personne.

Mais la loi a souhaité éviter toute rigidité, conformément aux vœux émis par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation du 23 février 1999⁹¹, la souplesse est la règle en ce domaine.

Dés lors, l'hypothèse du tuteur ou curateur unique est le schéma le plus habituel mais d'autres formules sont aussi ouvertes, en raison de particularités singulières à un moment donné de la situation du majeur et en raison de la composition du patrimoine.

Division de la tutelle ou curatelle à la personne et de la curatelle aux biens, nomination d'un curateur ou d'un mandataire *ad hoc* sont ainsi proposés.

74. Plusieurs intervenants possibles. Diverses personnes peuvent être amenées à intervenir ponctuellement en matière de gestion du patrimoine de l'incapable, lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de sa personne.

Ainsi en est-il du subrogé tuteur ou du subrogé curateur, dont le rôle est de surveiller les actes passés par le tuteur ou le curateur et d'informer sans délai le juge des fautes dans l'exercice de la mission (C. civ., art. 454).

On connaissait jusqu'alors le subrogé tuteur. L'institution du subrogé curateur est une nouveauté introduite par la loi du 5 mars 2007⁹². Ce texte peut présenter un intérêt particulier en cas de doute sur l'aptitude du futur tuteur ou curateur à exercer sa mission.

Peut également intervenir le curateur *ad hoc* ou le tuteur *ad hoc*. L'article 455 du Code civil dispose en effet qu' : « *En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne*

⁹¹ Recommandation R (99) 4 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant la protection juridique des incapables majeurs.

⁹² Loi n° 2007-308, 5 mars 2007.

peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur ad hoc. Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office ».

75. Le ministère public a également qualité pour demander la désignation d'un tuteur *ad hoc* ou d'un curateur *ad hoc* lorsqu'une opposition d'intérêts entre le majeur protégé et le tuteur ou curateur apparaît (C. civ., art. 455). En matière de protection des majeurs, il a vu son rôle nettement renforcé par la réforme intervenue le 5 mars 2007⁹³, dans la mesure où le juge des tutelles a perdu le pouvoir de se saisir d'office d'une procédure de mise sous protection⁹⁴.

Ce sont donc bien des situations ponctuelles de conflit d'intérêts qui nécessitent la nomination d'un mandataire appelé dans cette dernière hypothèse curateur *ad hoc* ou tuteur *ad hoc*.

76. Nombreux domaines d'intervention du tuteur *ad hoc* ou du curateur *ad hoc*. L'objectif étant d'éviter toute situation de blocage ou de conflit d'intérêt, la nomination d'un tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc* dans de nombreux domaines a été mise en place.

En matière d'assurance vie : A titre d'exemple, en matière d'assurance vie, la loi du 5 mars 2007, complétée par la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, a réformé le régime de manière générale afin d'atténuer considérablement ces blocages. L'hypothèse se présente lorsque le tuteur ou le curateur est bénéficiaire de l'assurance vie souscrite par l'incapable qu'il représente.

Ainsi, l'article L. 132-4-1 du code des assurances dispose que la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance sur la vie est désormais possible pour un majeur incapable. Dés lors, pour un majeur en tutelle il conviendra de solliciter

⁹³ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

⁹⁴ Dès lors, les signalements doivent être adressés au parquet qui décide, le cas échéant après avoir fait examiner l'intéressé par un médecin, de saisir le juge des tutelles (Art. 431 du Code civil). Il peut ensuite demander au juge des tutelles de réaliser toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles.

l'autorisation du juge, ou du conseil de famille, et pour un majeur en curatelle mais avec l'assistance du curateur.

La désignation ou la substitution du bénéficiaire ne peut être exercée pour un majeur en tutelle qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, ou du conseil de famille, et pour un majeur en curatelle, qu'avec l'assistance du curateur⁹⁵.

Dans les deux hypothèses, l'article L. 132-4-1 précité dispose que lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie est le curateur ou le tuteur, il est réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée.

Dès lors, le juge désignera un tuteur *ad hoc* lorsqu'il sera saisi d'une requête, et le curateur sollicitera du juge la désignation d'un curateur *ad hoc* pour assister la personne protégée à sa place.

Autrement dit, la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur en curatelle nécessite l'assistance du curateur ; la substitution du bénéficiaire au profit du curateur ne peut être faite qu'avec l'assistance d'un curateur *ad hoc*⁹⁶.

77. Alors qu'il existe des causes objectives du conflit d'intérêts qui présentent un caractère patrimonial, sont apparues également des causes subjectives du conflit d'intérêts, au caractère extrapatrimonial.

⁹⁵ Néanmoins, aux termes de l'article L. 132-9 du code des assurances, il est prévu que pour un majeur en tutelle comme pour un majeur en curatelle, la révocation du bénéficiaire ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, ou du conseil de famille. Cette dernière disposition, qui peut sembler entrer en contradiction avec l'article L. 132-4-1, devrait être prochainement modifiée pour être mise en cohérence.

⁹⁶ Civ. 1re, 8 juill. 2009: Bull. civ. I, n°162; D. 2009. AJ 1971, obs. V. ÉGÉA; Chron. C. cass. 2058, obs. C. AUROY; JCP 2009. 574, n°6, obs. Y-M. SÉRINET; LPA 29 juill. 2009, note D. NOGUÉRO; AJ fam. 2009. 352, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER; Dr. fam. 2009, no 114, note I. MARIA; RLDC 2009/64, no 3580, obs. E. POULIQUEN; Defrénois 2009. 2200, obs. J. MASSIP; RTD civ. 2009. 698, obs. J. HAUSER; RDC 2010. 177, obs. C. GOLDIE-GÉNICON décision rendue sous l'empire du régime antérieur à la Loi du 5 mars 2007.

SECTION II. LES CAUSES SUBJECTIVES DU CONFLIT D'INTÉRÊTS

78. Définition. Les causes subjectives du conflit d'intérêts sont relatives aux causes de nature extrapatrimoniales. Elles nécessitent la désignation d'un administrateur *ad hoc* dans un cadre de représentation. Elles concernent le droit des mineurs ou des majeurs protégés ou assistés.

79. En droit des mineurs. Depuis la réforme de 1993, l'opposition d'intérêts tend à être appréciée en fonction d'éléments objectifs, telle une disparité de fortune, mais également d'éléments subjectifs, tenant par exemple à l'attitude du représentant légal.

Comme le remarque Thierry Fossier : « *tant que l'institution était principalement tutélaire, l'opposition d'intérêts était analysée en jurisprudence sur un plan exclusivement patrimonial : il s'agissait d'une discordance des intérêts patrimoniaux respectifs entre l'administrateur légal et l'incapable, l'opposition d'intérêts était plutôt caractérisée par des éléments objectifs. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 388-2, la partialité, l'inertie, en somme les causes subjectives d'opposition d'intérêts qui font le corps de ce texte sont entrées dans le champ d'application de l'article 389-3* ».

80. En droit des majeurs protégés ou assistés. Plusieurs personnes peuvent être amenées à intervenir ponctuellement, aussi bien en matière de gestion du patrimoine de l'incapable que lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de la personne du majeur protégé ou assisté.

Il existe de nombreux cas de conflit d'intérêts et en particulier lorsque l'incapable majeur désire divorcer de son conjoint, qui pourtant le représente en tant que tuteur dans la vie de tous les jours. Cette situation singulière dévoile un sérieux

conflit d'intérêts supplémentaire qui nécessite la nomination d'une autre personne, un tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc*⁹⁷.

Lorsque le conjoint ou le partenaire du pacte civil de solidarité est le curateur ou le tuteur, il est présumé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée, qu'il s'agisse d'une curatelle ou d'une tutelle⁹⁸. Le juge devra nommer un curateur ou tuteur *ad hoc* pour les actes ou diligences nécessitant son assistance ou qui doivent lui être notifiés.

81. En droit des mineurs, le particularisme respectivement en matière pénale (§1), administratif (§2), dans le cas des mineurs étrangers isolés, et civil (§3) impose une distinction entre les trois procédures.

§1. L'APPLICATION AUX PROCÉDURES CIVILES

82. Dans le domaine spécifique des actions en justice, un administrateur *ad hoc* devrait pouvoir être désigné, dès lors qu'une contestation en justice oppose le mineur et ses représentants légaux, en qualité de parties adverses à la procédure.

Cette représentation est justifiée, que la procédure ait trait à une question patrimoniale ou extra-patrimoniale⁹⁹, et surtout quelle que soit la procédure judiciaire en cours (A) et notamment les actions relatives à la filiation de l'enfant (B).

⁹⁷ Depuis la loi du 5 mars 2007, l'article 249-2 du code civil prévoit que, dans l'hypothèse où le conjoint était tuteur ou curateur, un tuteur ou un curateur *ad hoc* est désigné pour représenter ou assister l'époux dans la procédure de divorce.

Un tel organe est prévu par le nouvel article 455 du code civil issu de la loi du 5 mars 2007.

⁹⁸ Circulaire de la DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application des dispositions législatives et réglementaires issues de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs.

⁹⁹ Pour la désignation d'un administrateur *ad hoc* à un enfant, auquel les parents refusaient un traitement médical, et qui a fait l'objet d'une ordonnance de placement provisoire au CHU, CA Angers, 26 juill. 2005 : JurisData n° 2005-282717.

A. Le domaine spécifique des actions en justice

83. Dans toutes les hypothèses où, compte tenu du particularisme de la situation, le représentant en titre n'est pas à même de pourvoir en toute objectivité à la défense des intérêts du mineur en justice, qu'il soit ou non partie à l'instance, un administrateur *ad hoc* devrait être nommé.

84. En cas de pluralité d'actions, il a été jugé¹⁰⁰ qu'un administrateur *ad hoc* devrait être nommé lorsque la mère, après avoir exercé une action en contestation de paternité naturelle, engage une action visant à indemniser l'enfant de l'attitude procédurale de l'auteur de la reconnaissance mensongère.

En l'espèce, une demande d'indemnisation suit une action en contestation de paternité naturelle introduite par la mère.

La désignation de l'administrateur conduit dès lors à rendre irrecevable l'action engagée par la mère et visant à indemniser l'enfant de l'attitude procédurale de l'auteur de la reconnaissance mensongère : en présence de la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter l'enfant dans l'instance, la mère n'a pas qualité pour agir au nom de l'enfant pour demander réparation du préjudice subi du fait de l'attitude de l'auteur de la reconnaissance.

En l'absence de démonstration de la connaissance par l'auteur de la reconnaissance de la discordance entre la reconnaissance et la réalité biologique, il convient d'indemniser celui-ci de son préjudice moral résultant de l'atteinte portée aux sentiments qu'il avait précédemment développés envers l'enfant, la mère ayant laissé s'installer cette situation en ayant pleine conscience qu'elle ne correspondait pas à la vérité.

La demande formée par la mère visant à indemniser son préjudice subi du fait des poursuites pénales exercées par l'auteur de la reconnaissance en raison du refus opposé par la première de permettre au second l'exercice du droit de visite et d'hébergement qui lui avait été octroyé ne saurait aboutir dans la mesure où la

¹⁰⁰ CA Orléans, 17 oct. 2006 : JurisData n° 2006-329934.

mère, qui a voulu faire prévaloir son analyse personnelle de l'intérêt de l'enfant, est seule responsable des désagréments subis.

Il devrait en être de même également lorsqu'une contestation oppose plusieurs mineurs pourvus du même représentant légal.

85. Mesures d'assistance éducatives. A titre d'exemple, dans le cadre particulier des mesures d'assistance éducative, le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002, qui a pour objectif d'améliorer l'exercice par le mineur de certains de ses droits procéduraux, subordonne l'exercice des droits du mineur à son discernement, qu'il s'agisse de son audition, de la consultation de son dossier ou de la désignation d'un avocat¹⁰¹.

Dès lors, l'enfant privé de discernement n'est pas capable d'exercer lui-même les droits d'une partie à la procédure, même s'il conserve cette qualité.

Il est donc nécessaire de pallier son incapacité par le recours à la représentation qui ne peut être assurée par les titulaires de l'autorité parentale, également parties à la procédure, du fait d'une opposition d'intérêts évidente.

Puisque le danger menaçant l'enfant est obligatoirement d'origine familiale, l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents peut être présumée.

Il est alors indispensable de nommer un administrateur *ad hoc*¹⁰² pour représenter l'enfant privé de discernement dans les procédures d'assistance éducative.

B. L'application particulière aux actions relatives à la filiation de l'enfant

¹⁰¹ Civ. 1^{ère}, 2007, 25 avril 2007, pourvoi n°06-13.872, AJ fam. 2007. 273, obs, F. CHÉNÉDÉ ; TGI Lyon, 5 juillet 2007, D. 2007. 3052, obs A. GOUTTENOIRE.

¹⁰² A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », AJ fam. 2003.368.

86. Une modification légale. Les procédures en contestation de filiation à la demande de l'un des parents de l'enfant constituent le cadre privilégié de l'intervention d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil.

Aucun texte ne prévoit plus une telle intervention dans les actions relatives à la filiation, la disparition du désaveu de l'ancien article 317 du Code civil depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁰³, ayant entraîné la disparition d'une hypothèse de désignation systématique de l'administrateur *ad hoc*

L'action en désaveu de paternité, aux termes de l'article 317 ancien du Code civil, devait être dirigée en présence de la mère contre un administrateur *ad hoc* désigné à l'enfant par le juge des tutelles dans les conditions de l'article 389-3 du Code civil.

La désignation de l'administrateur *ad hoc* était alors obligatoire, l'existence d'une opposition d'intérêts entre le mineur et son représentant légal étant inhérente à ce type de procédure.

Pour autant, aujourd'hui encore, la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant apparaît souhaitable et logique dans les procédures mettant en cause sa filiation.

Ainsi, en cas de contestation de filiation, le titulaire de l'autorité parentale à l'égard duquel cette filiation est établie n'est sans doute pas le mieux placé pour représenter l'enfant dans cette instance et pourvoir en toute neutralité à ses intérêts. Il est opportun que les intérêts procéduraux du parent et de l'enfant soient distingués par la représentation *ad hoc* de l'enfant. Différentes décisions l'ont admis.

87. Divers exemples. Ainsi y a-t-il opposition d'intérêts justifiant la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'enfant normalement placé sous l'autorité conjointe de son père et de sa mère, respectivement défendeur et demandeur à une action en contestation de reconnaissance de l'enfant naturel et de légitimation subséquente¹⁰⁴.

¹⁰³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n°156 du 6 juillet 2005 page 11159 texte n° 19.

¹⁰⁴ CA Colmar, 30 avr. 1998 : JurisData n° 1998-055203.

De même, un administrateur *ad hoc* doit être désigné dans le cadre d'une action en annulation de reconnaissance de paternité intentée par un tiers contre l'auteur de la reconnaissance et le mineur, alors même que ni le mineur, ni l'auteur de la reconnaissance ne voulaient contester le lien de filiation qui les unissait¹⁰⁵.

Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 avril 2007¹⁰⁶, un administrateur *ad hoc* a été chargé de représenter les intérêts de l'enfant dans le cadre d'une action en contestation de reconnaissance intentée par le père de l'auteur de la reconnaissance, décédé depuis cette reconnaissance.

Dans un autre arrêt du 19 mars 2008¹⁰⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins considéré que dans une instance relative à la contestation de paternité légitime exercée par un tiers à l'encontre des parents, il n'y avait pas opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents légitimes qui étaient à même de le représenter.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une action intentée par un tiers qui avait eu des relations avec la mère pendant la période de la conception et avait effectué une reconnaissance prénatale, action fondée sur l'article 334-9 ancien interprété *a contrario* que les juridictions du fond avaient accueillie et alors que les parents avaient refusé une expertise biologique.

Dans leur pourvoi, les époux soutenaient que l'action du tiers aurait dû être dirigée contre un représentant *ad hoc*.

La Cour de cassation a précisé que les intérêts de l'enfant n'étaient pas en opposition avec ceux de ses représentants légaux et qu'il n'y avait donc pas lieu à nomination d'un administrateur *ad hoc*.

88. Le critère d'intervention de l'administrateur *ad hoc* en matière de procédure pénale est spécifique.

¹⁰⁵ TGI Lyon, 5 juill. 2007 : D. 2007, p. 3052, note A. GOUTTENOIRE.

¹⁰⁶ Cass. 1re civ., 25 avr. 2007 : RTD civ. 2007, p. 555, obs. J. HAUSER.

¹⁰⁷ Cass. 1re civ., 19 mars 2008 : Dr. famille 2008, comm. 85, note P. MURAT ; D. 2008, p. 1857, note A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2008, p. 289 et 467, obs. J. HAUSER.

§2. LA PARTICULARITÉ EN MATIÈRE PÉNALE

89. Critère élargi. Le critère d'intervention de l'administrateur *ad hoc* en matière de procédure pénale est plus large. L'article 706-50 du Code de procédure pénale dispose en effet que : « *Le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisis des faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur désigne un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou l'un d'entre eux (...).* »

La question de l'articulation des deux dispositions, civile et pénale, et par conséquence des deux régimes qu'elles organisent, a été posée à la Cour de cassation qui pour la première fois, dans un arrêt du 25 octobre 2005¹⁰⁸, a admis l'application cumulative des articles 388-2 du Code civil et 706-50 du Code de procédure pénale.

Cet arrêt témoigne d'une hypothèse dans laquelle le recours à l'article 388-2 du Code civil, dans le cadre d'une procédure pénale, revêt un intérêt certain puisque la représentation n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, ni le juge d'instruction, ni le procureur de la République n'ont jugé bon de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant représenté par l'un des titulaires de l'autorité parentale alors que l'autre parent faisait pourtant l'objet de poursuites pénales.

Selon la Cour de cassation : « *Ces dispositions ne sont pas exclusives, en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République, de celles de l'article 388-2 du Code civil, de portée générale, qui autorise le juge des*

¹⁰⁸ Dr. famille 2006, comm. 77, obs A. GOUTTENOIRE ; JCP G 2005. I. 199, obs TH. FOSSIER. – Déjà, précédemment, en faveur de l'application concurrente de l'article 388-2 du Code civil et de l'article 87-1 du Code de procédure pénale, dans le cadre d'une instance pénale, Cass. crim., 28 févr. 1996 et 14 avr. 1999, JurisData n° 1996-001597 ; Bull. crim. 1996, n° 98 ; JCP G 1996, II, 22707, note G. RAYMOND ; Defrénois 1996, art. 36434, n° 140, obs. J. MASSIP - Cass. crim., 14 avr. 1999 : RJPF 1999-7/21, obs. J. PANSIER

tutelles à procéder à cette désignation dès lors que l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux a été constatée ».

La Haute juridiction reconnaît cependant la compétence du juge des tutelles puisqu'elle précise dans cet arrêt que : « *en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République* », le juge des tutelles peut désigner un administrateur *ad hoc*.

A contrario, l'intervention du juge des tutelles est exclue dans l'hypothèse d'un refus de désigner un administrateur *ad hoc* à l'enfant par l'une ou l'autre de ces deux autorités.

Une telle limitation du cumul des compétences évite de faire du juge des tutelles un juge d'appel du refus du juge d'instruction ou du procureur de la République relatif à la nomination d'un administrateur *ad hoc* du mineur victime.

La compétence du juge des tutelles est permise par l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant légal qui rend la défense du mineur par sa mère impossible.

90. En d'autres termes, l'article 388-2 du Code civil peut être invoqué dans une procédure pénale et conduire à la désignation d'un administrateur *ad hoc* soit par le juge des tutelles, en l'absence de décision du procureur de la République ou du juge d'instruction sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, soit par la juridiction saisie de l'affaire, dès lors que le juge des tutelles n'a pas été saisi d'une demande fondée sur l'article 388-2 du Code civil préalablement à l'instance.

91. De même, l'article 706-114¹⁰⁹ du Code de procédure pénale donne au procureur de la République et au juge d'instruction la faculté de demander au juge des tutelles la désignation d'un tuteur ou curateur *ad hoc*, s'il existe des raisons plausibles de présumer que le curateur ou le tuteur est coauteur ou complice de l'infraction ou s'il en est victime, et en l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur.

¹⁰⁹ Créé par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 36 JORF 7 mars 2007.

Il prévoit qu'à défaut, le président du tribunal de grande instance désigne un représentant *ad hoc* pour assister la personne au cours de la procédure pénale.

92. La loi du 4 mars 2002 ainsi que le décret du 2 septembre 2003 ont opéré un grand changement en attribuant de nouvelles missions aux administrateurs *ad hoc*, l'assistance et la représentation des mineurs étrangers isolés.

§3. L'APPLICATION AUX PROCÉDURES ADMINISTRATIVES

93. Le contexte de l'intervention de l'administrateur *ad hoc*. En respect des engagements pris au titre des textes internationaux¹¹⁰, l'État français considère ainsi que tout mineur étranger sans référent légal sur le territoire est non seulement incapable juridiquement, mais également potentiellement en danger (C. civ., art. 375 et 375-5) et doit en conséquence se voir désigner un administrateur *ad hoc*.

La Cour de cassation¹¹¹ sanctionne par exemple tout retard dans la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur étranger isolé. En l'espèce, l'administrateur *ad hoc* avait été désigné seulement après un délai de trente-neuf heures sans que ce délai fût justifié par des circonstances particulières. La Cour de cassation considère que ce retard porte nécessairement atteinte aux intérêts du mineur, et doit entraîner la nullité de la procédure.

94. Dans le cadre de ces mandats administratifs, les articles L. 221-5 et L.751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile fondent la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

¹¹⁰ La France est ainsi notamment signataire de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur l'asile, de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de décembre 1948, de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales de 1950 ainsi que de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989.

¹¹¹ C. cass du 26 mai 2007, N°06-17.238

Ces deux articles ont pour point commun de ne s'appliquer qu'en cas de reconnaissance de la qualité de mineur étranger isolé, qui reste un préalable indispensable à toute désignation.

La circulaire interministérielle du 14 avril 2005 énonce que le doute sur la minorité de l'intéressé doit conduire à la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

95. Le législateur envisage alors deux situations de désignation : d'une part, lorsque le mineur entre en zone d'attente en l'absence d'un représentant légal et d'autre part lors de la formulation d'une demande d'asile, ce qu'il soit ou non maintenu en zone d'attente.

Lorsqu'un mineur non accompagné n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, le procureur de la République, avisé immédiatement, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc* qui assurera sa représentation dans toutes les procédures administratives ou juridictionnelles relatives à son maintien en zone d'attente et à son entrée sur le territoire¹¹².

L'article L. 751-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile fonde la désignation de l'administrateur *ad hoc* lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur étranger sans représentant légal sur le territoire français en vue d'obtenir le statut de réfugié.

Mais, ces deux mandats peuvent se cumuler dans la situation où le mineur formule une demande d'asile à l'occasion de son placement en zone d'attente.

96. Cependant, la loi n'envisage pas la situation des mineurs isolés qui, déjà présents sur le territoire, ne sollicitent pas l'asile.

La loi réformant la protection de l'enfance du 5 mars 2007 considère bien ces mineurs comme relevant de la protection de l'enfance en raison de l'absence de leurs représentants légaux sur le territoire français¹¹³. Le mineur pourra ainsi bénéficier d'une prise en charge par les services de l'ASE.

¹¹² l'article L.221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, modifié par l'article 48 de la loi du 24 juillet 2006.

¹¹³ Article 1 de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

Cette situation est susceptible d'entraîner une confusion, en particulier lorsque le juge des enfants lui-même ou par le biais du juge des tutelles, entendrait désigner un administrateur *ad hoc* en vue d'accompagner le mineur dans ses démarches en attendant le prononcé d'une tutelle.

Dans cette perspective, l'intervention d'un administrateur *ad hoc* serait envisageable sur le fondement du Code civil.

Comme nous l'avons vu, le recours aux articles 389-3 ou 388-2 du Code civil se trouve être juridiquement inapproprié car il suppose l'existence ou la présomption d'un conflit d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux.

En l'espèce, le mineur étranger n'est pas accompagné de son représentant légal et il n'existe donc pas d'opposition d'intérêts, sauf à présumer l'existence de cette opposition lorsqu'il y a vacance dans l'exercice de l'autorité parentale.

Il s'agirait donc d'une interprétation très extensive de la part du juge qui pouvait peut être servir de base à la désignation d'un administrateur *ad hoc* avant la réforme opérée par la loi de mars 2002, mais qui ne saurait être appropriée aujourd'hui.

97. Compétence exclusive du Procureur. Cette compétence exclusive du procureur de la République peut être remise en cause. Si l'on se réfère au Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile, le juge des tutelles ne dispose pas du pouvoir de désignation d'un administrateur *ad hoc* en la matière.

Cependant il pourrait se fonder sur l'article 388-2 du Code civil pour légitimer son intervention qui suppose en pratique l'existence d'une procédure en cours et la présomption d'une opposition d'intérêts entre le jeune et ses représentants légaux, entraînant ainsi un conflit de compétences entre les magistrats.

98. Si l'on poursuit cette hypothèse, le mineur disposerait de la possibilité de saisir lui-même le juge des tutelles afin de se voir désigner un administrateur *ad hoc* puisque la loi du 8 janvier 1993 le lui autorise.

En pratique, il pourrait recourir au juge civil afin de passer outre le refus ou l'inaction du procureur de la République, et ainsi bénéficier d'une compétence subsidiaire en matière de désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Cette hypothèse poussée à l'extrême est cependant à relativiser car le pouvoir confié au mineur par le code civil est limité. D'une part, il doit disposer d'un discernement suffisant et connaître cette possibilité de saisine. D'autre part, le juge des tutelles dispose d'un pouvoir souverain en la matière.

Mais il n'empêche que cette situation révèle dans les faits une véritable confusion et une compétence concurrente des magistrats non prévue par les textes en matière de mandats administratifs.

99. L'administrateur *ad hoc* peut donc être qualifié de personne physique ou morale désignée par décision judiciaire civile ou pénale qui se substitue aux représentants légaux pour exercer leurs droits aux nom et lieu du mineur. Il est le représentant provisoire du mineur.

L'administrateur *ad hoc*, au même titre que le mandataire *ad hoc*, tire sa légitimité du fait du mandat qui lui est confié par décision judiciaire et du contrôle de son activité par les magistrats auxquels il doit référer et rendre compte.

100. L'administrateur *ad hoc*, le tuteur *ad hoc* ou le curateur *ad hoc*, autrement dit des mandataires nommé par le juge, assurent un rôle de représentation et leur intervention dépend de l'existence de certaines conditions que sont le conflit d'intérêts ou le blocage.

Ce comportement caractérisé par un refus, une incapacité apparente et provisoire de poursuivre une activité, une action, de réagir à une situation, se retrouve également en droit des sociétés.

Un mandataire *ad hoc* sera, au même titre, nommé par le juge pour tenter de remédier efficacement à ces situations ponctuelles mais qui peuvent être problématiques.

CHAPITRE II.

LES CONDITIONS D'INTERVENTION DU MANDATAIRE *AD HOC* EN DROIT DES SOCIÉTÉS

101. La volonté législative, à travers la mise en place du mandataire *ad hoc* dans différents domaines du droit, est de briser les blocages et les oppositions de pure forme.

Autrement dit, l'idée principale est toujours de pouvoir faire intervenir un professionnel pour une situation particulière dans une durée limitée afin de trouver une issue rapide et efficace au blocage ou au conflit d'intérêt constaté. A défaut, ces situations difficiles à dénouer peuvent conduire à une gestion désastreuse.

102. Conflit d'intérêts et droit des sociétés. La question de l'appréhension des conflits en droit des sociétés est fréquente. L'entreprise peut être un lieu de conflit entre des intérêts contradictoires pouvant parfois porter ces conflits à leur paroxysme.

Dans certaines situations, le fonctionnement de la société est rendu très difficile, voire impossible, en raison d'une paralysie ou d'une carence d'un ou plusieurs organes sociaux.

L'assemblée générale peut ainsi se trouver entravée par une absence durable de quorum ou de majorité, deux blocs égalitaires d'associés se trouvant en conflit et paralysant tous les processus de décision.

103. Un blocage occasionnel. Le blocage doit cependant être purement occasionnel. Il doit traduire une situation de crise qui ne peut être surmontée que par la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer une assemblée ou de voter à la place d'un groupe d'associés, par exemple.

Lorsque le blocage n'est pas occasionnel, la nomination d'un administrateur provisoire s'imposera. Deux conditions sont en effet indispensables pour justifier la nomination d'un administrateur provisoire, selon une formule constante de la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁴ aux termes de laquelle : « la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose de rapporter la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent ».

¹¹⁴ Cass. com., 6 févr. 2007, préc. n° 13. - Cass. com., 25 janv. 2005 : RJDA 6/2005, n° 704. - Cass. com., 7 janv. 2004 : RJDA 5/2004, n° 559.

Le mandataire *ad hoc*, chargé d'une mission délimitée, doit être distingué de l'administrateur provisoire, chargé d'une fonction générale de gestion. Une distinction est donc clairement délimitée. Alors qu'entre le mandataire *ad hoc* et l'administrateur *ad hoc* la similitude des conditions de leur désignation, le fait que tout deux ne dessaisissent pas de leur droit les personnes qu'ils représentent, tend à les rapprocher.

104. Textes spéciaux prévoyant la nomination d'un mandataire *ad hoc*. Le mandataire *ad hoc* accomplira un acte déterminé aux lieu et place d'un dirigeant. Mais il n'emporte pas dessaisissement général de l'organe légal de représentation. Des textes spéciaux prévoient une telle nomination.

Il s'agit de l'article L. 235-7, livre II, Titre 3 du Code de commerce relatif aux dispositions communes aux sociétés commerciales qui dispose que : « *Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder, dans le délai fixé par décret en Conseil d'État. À défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation, par décision de justice, d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité* ».

De même l'article L. 225-103¹¹⁵, II, 2°, du Code de commerce relatif aux dispositions particulières aux diverses sociétés et notamment aux sociétés anonymes énonce que : « *I. L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. II. A défaut, l'assemblée générale peut être également convoquée : 1° Par les commissaires aux comptes ; 2° Par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ; 3° Par les liquidateurs ; 4° Par les actionnaires majoritaires en capital ou en droits de vote après une offre publique d'achat ou d'échange ou après une cession d'un bloc de contrôle (...)* ».

Enfin, en matière de difficultés des entreprises, l'article L. 611-3, alinéa 1 du Code de commerce édicte que : « *le président du tribunal peut, à la demande d'un*

¹¹⁵ Modifié par Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 - art. 17.

débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc ».

105. Conditions fixées par la jurisprudence pour justifier la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Hormis ces textes spéciaux qui prévoient une telle nomination, les conditions fixées par la jurisprudence justifiant la désignation d'un tel mandataire sont le caractère exceptionnel de la mesure, son urgence, mais également le blocage et le fonctionnement anormal de la société.

La situation doit pouvoir être résolue par l'accomplissement d'une mission déterminée, sans que son administration courante soit entravée. Cette action demeure subsidiaire car aucune autre mesure ne doit pouvoir être envisagée.

La demande peut être introduite par toute personne ayant un intérêt légitime. Le respect du contradictoire impose que la société soit mise en cause.

La procédure est au fond ou en référé. Cependant, selon la nature de la mission, le juge des référés peut être incompétent. Dès lors que la mesure confiée au mandataire *ad hoc* risque d'entraîner un préjudice au principal et de constituer des mesures irréversibles, la procédure échappe au juge des référés.

106. Il existe des situations où un choix peut être opéré entre la désignation d'un mandataire *ad hoc* et la voie de l'injonction sous astreinte¹¹⁶.

Mais si une mission est confiée à un mandataire *ad hoc*, c'est généralement suite à la carence ou la faute d'un dirigeant que le mandataire va remplacer.

Sa désignation va alors dessaisir cette personne du pouvoir dont l'exercice est confié au mandataire mais celle-ci conserve l'ensemble de ses autres fonctions.

Du fait de ce simple dessaisissement partiel, cette désignation n'entraîne pas de mesure de publicité, ce qui permet de conserver la confidentialité de l'opération.

Il s'agit ici de débloquer une situation particulière. Grâce à l'intervention du mandataire, la société doit pouvoir retrouver son fonctionnement normal.

¹¹⁶ Par exemple, C. com., art. L. 123-5-1 : « À la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires ».

Si le blocage est plus prononcé, la simple désignation d'un mandataire *ad hoc* ne permettra pas toujours à la société de retrouver un fonctionnement normal. Il faudra alors nommer un administrateur provisoire.

107. La mission d'un tel mandataire *ad hoc*, toujours ponctuelle, est donc spécialement déterminée par le juge pour mettre fin à une situation de crise ou protéger l'intérêt social contre un risque particulier.

Il est ainsi notamment compétent pour convoquer une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, pour l'adoption de résolutions particulières, comme le remplacement de dirigeants ou l'adoption de mesures de redressement financier. L'ordre du jour de l'assemblée est alors fixé par le juge qui ne le détermine pas nécessairement d'une manière très précise, et il peut en fixer seulement la finalité générale.

De même, le mandataire *ad hoc* peut fixer un ordre du jour ou déposer des comptes, voter à la place d'un groupe d'actionnaire, en cas d'abus de minorité et d'égalité résultant du refus de voter une résolution.

Le mandataire n'est alors pas tenu de voter purement et simplement la résolution litigieuse car cela reviendrait à considérer que la décision judiciaire reconnaissant l'abus de minorité entraîne en conséquence adoption de la résolution, ce que refuse de reconnaître la Cour de cassation en vertu de l'application du principe de non-substitution du juge aux organes sociaux.

Le mandataire est alors désigné pour « *représenter les organes sociaux défailants à une nouvelle assemblée et voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires* »¹¹⁷.

108. En somme, c'est l'existence d'un conflit d'intérêts (**Section 1**) ou d'un blocage lié à une situation particulière (**Section 2**) qui justifiera la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

¹¹⁷ Cass. com., 9 mars 1993 : Juris-Data n° 1993-000497.

SECTION I. L'EXISTENCE D'UN CONFLIT D'INTÉRÊTS

109. Le conflit d'intérêts est donc qualifié dans une situation dans laquelle un individu est soumis à des intérêts multiples du fait des fonctions ou des responsabilités qu'il occupe au sein d'une entreprise (§1). Ces intérêts multiples peuvent entrer en opposition et corrompre les décisions ou la façon d'agir (§2).

L'intérêt de la société sublime les intérêts égoïstes de chaque associé. Le vote doit se faire conformément à l'intérêt social.

§1. UN CONFLIT ENTRE ASSOCIÉS

110. Différents types d'abus. Toute décision qui est prise par un associé pour se réserver un avantage aux dépens des autres associés et non dans l'intérêt de la société, est, pour cette seule raison, constitutive d'un abus.

Au sein de la société, les abus de majorité, de minorité et d'égalité résultent de l'exercice du pouvoir de décision ou de veto à des fins strictement personnelles. Ils génèrent des rapports conflictuels qui ne trouvent pas leur solution dans la loi. Il revient donc au juge de les qualifier et d'en dégager les sanctions.

Cependant, de façon générale, le juge ne saurait substituer sa décision à celle prise par les organes représentatifs de la société¹¹⁸. La jurisprudence parfois controversée a suivi cette position.

Le juge ne peut donc prendre de décision valant vote, mais peut désigner un mandataire *ad hoc* chargé de voter à la place et au nom des associés.

¹¹⁸ Dans le cadre particulier de l'article 1843-4 du Code civil, et dans un autre contexte il existe une impossibilité faite au juge de se substituer à l'expert dans l'évaluation des parts sociales d'un associé retrayant, Cass. 1er civ., 25 janv. 2005, n°01-10.395, Bull. civ. I, n°49, JCP G 2005, II, n°10046

111. Les sociétés non cotées. De façon plus précise, les abus seront envisagés, pour l'essentiel, dans les sociétés non cotées. Ils peuvent s'observer aussi bien dans les très grandes sociétés ou dans les groupes de sociétés¹¹⁹ que dans les sociétés de famille ou les SARL.

En ce qui concerne les sociétés cotées, la réglementation boursière institue des mécanismes qui, notamment sous la forme d'offres publiques et de garantie de cours, permettent de sauvegarder les droits et intérêts de l'ensemble des actionnaires et de faire régner entre eux l'égalité.

112. L'intervention du mandataire *ad hoc* aura ainsi pour finalité de sauvegarder les intérêts d'une société dont la survie est en péril du fait du conflit à l'origine d'un abus (**B**).

Cette possibilité sera surtout utilisée dans le cadre des abus de minorité ou égalité qu'il convient de qualifier au préalable (**A**).

A. La qualification et sanction de l'abus de minorité

1. La qualification de l'abus

113. Les premières manifestations de la notion d'abus en droit des sociétés sont aujourd'hui assez anciennes¹²⁰.

Appliquée en droit des sociétés, la notion d'abus « *repose sur les concepts généraux d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de bonne foi, de rupture*

¹¹⁹ M. JEANTIN, note sous Cass. com. 24 janv. 1995, Rev. sociétés 1995.46, spéc. II, p. 49 et B. OPPETIT, note sous Cass. com. 24 févr. 1975, Rev. sociétés 1976.92, spéc. p. 101 et 102.

¹²⁰ Cass. req. 16 nov. 1943, S. 1947.1.15, note R. HOUIN, JCP 1944. II. 2551, note P. LESCOT, Gaz. Pal. 1944.1.14 ; Cass. 1^{re} civ. 20 janv. 1958, D. 1958, somm. 82, Gaz. Pal. 1958.1.266 ; Cass. com. 6 févr. 1957, Bull. civ. III, no 48, JCP 1957. II. 10325, note D. BASTIAN ; 20 févr. 1957, Bull. civ. III, n°57, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 2 nov. 1954, D. 1954.758 ; CA Besançon, 5 juin 1957, D. 1957.605 ; CA Paris, 26 mars 1952, S. 1953.2.181, concl. Gégout et 15 juill. 1925, Rev. sociétés 1926.24, Journ. soc. 1927.344 ; CA Paris, 13 avr. 1934, DP 1936.2.121, note P. PIC ; T. com. Seine, 17 janv. 1948, S. 1949.2.161, note A. DALSACE.

intentionnelle d'égalité sans être véritablement réductible à l'une ou à l'autre de ces notions »¹²¹.

Elle se présente sous diverses facettes, même si l'une d'elles reste prédominante¹²².

« *La règle de la majorité* » peut présenter des inconvénients lorsque la majorité a abusé de ses droits et pris une décision qui, bien qu'elle ait été adoptée dans des conditions de régularité formelle et conformément aux conditions de quorum et de majorité requises, est contraire à l'intérêt social¹²³.

Les décisions de la majorité, pourvu qu'elles soient régulièrement prises, s'imposent à la minorité, mais aussi à tous les associés ou actionnaires absents. Le juge ne peut ni les critiquer, ni les modifier, si les prescriptions légales ont été respectées. Il en est ainsi même lorsqu'un associé ou un actionnaire possède à lui seul cette majorité et peut faire prévaloir son opinion à l'encontre des autres associés ou actionnaires.

Il était donc naturel que la notion d'abus de droit fût utilisée pour paralyser l'effet de certaines décisions prises à la majorité.

114. Cependant, si l'abus du droit résulte le plus souvent des agissements d'actionnaires majoritaires, il peut également être imputé à des actionnaires minoritaires encore que, dans ce dernier cas, la sanction soit différente.

Il convient de qualifier au préalable l'abus de majorité **(a)** afin de le distinguer de l'abus de minorité ou d'égalité **(b)**.

¹²¹ M. BOIZARD, L'abus de minorité, Rev. sociétés 1988.365, spéc. p. 367, n°3.

¹²² Sur la distinction de l'abus de droit et du détournement de pouvoir, E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, 1985, Economica, le rapport de D. VEAUX sur l'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français, in L'abus de pouvoirs ou de fonctions, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXVIII, 1977, Economica, p. 77-94.

¹²³ Sur la notion d'intérêt social, V. obs. J.-J. BURST : JCP G 1972, II, 17283, sous CA Paris, 17 janv. 1972.

a. L'abus de majorité

115. La définition de l'abus de majorité, d'origine prétorienne, a été donnée, pour la première fois, par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 18 avril 1961¹²⁴ aux termes duquel est abusive la décision impliquant une rupture de l'égalité entre les actionnaires dès lors qu'elle a été prise « *contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité* ».

En l'espèce, la Cour de cassation casse, au visa de l'article 1382 du Code civil, un arrêt de la Cour d'appel¹²⁵ qui avait fait application de la notion d'abus de majorité sans l'avoir caractérisée.

La juridiction suprême a ainsi dégagé les critères de l'intérêt social et de la rupture de l'égalité entre les associés.

Ils visent à définir la frontière entre droit de l'associé et droit de la personne morale et mettent en avant la rupture de la communauté d'intérêts et/ou de l'affectio societatis.

Deux éléments se retrouvent ainsi dans la notion d'abus de majorité : le défaut d'intérêt social et l'intérêt des majoritaires, la décision étant imposée par la volonté de certains actionnaires de se procurer, contrairement à l'intérêt social, un avantage personnel au détriment des autres actionnaires. Il est sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sur la faute.

Depuis, cette définition a été reprise par plusieurs arrêts¹²⁶.

Dans un arrêt du 6 mai 1964¹²⁷ la cour d'appel de Grenoble déclare que : « *les dirigeants ou l'assemblée générale d'une société ne peuvent se servir des pouvoirs qui leur sont conférés que dans l'intérêt social ; dès lors, il y a abus de*

¹²⁴ Cass. com., 18 avr. 1961, n°59-11.394, JCP G 1961, II, n°12164, note D.-B., RTD com. 1961.634, n°8, obs. R. HOUIN ; Cass. com., 11 oct. 1967, n°65-13.852, D. 1968, jur., p. 136 ; Cass. com., 30 mai 1980, n°78-13.836, Bull. civ. IV, n°223, Rev. sociétés 1981, p. 311, note D. SCHMIDT ; Cass. com., 23 juin 1987, n°86-13.040, Bull. civ. IV, n°160, BRDA 1987, n°14, p. 17 ; Cass. com., 4 mai 1993, n°90-12.327, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 754.

¹²⁵ CA Paris, 28 févr. 1959, D. 1959.353, note N. Martine, JCP 1959. II. 11175, S. 1959.2.134, note A. DALSACE, Rev. sociétés 1959.146.

¹²⁶ V. les huit arrêts de la Cour de cassation cités par D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, 1999, coll. Pratique des affaires, Éditions Joly, p. 118, note 13.

¹²⁷ D. 1964.783, note A. DALSACE

droit ou détournement de pouvoir toutes les fois qu'un administrateur ou un associé agit en vue de satisfaire des intérêts personnels au détriment des intérêts collectifs ou des intérêts individuels d'autres associés et ce, même sans intention de nuire ».

L'abus de majorité est donc déterminé par une atteinte à « *l'intérêt général* » de la société, c'est-à-dire l'intérêt social, et par la volonté de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité¹²⁸.

116. Applications variées. Malgré une définition qui semble assez précise, le contenu même de la notion d'intérêt social suscite des divergences¹²⁹. Les applications qui ont pu être faites de l'abus de majorité sont variées.

On rencontre fréquemment cette notion à propos des décisions concernant l'affectation des bénéfices. Les arrêts censurent comme abusives des décisions concernant la mise en réserve de bénéfices lorsqu'il apparaît qu'une telle mesure n'est d'aucun profit pour la société et ne constitue qu'une thésaurisation stérile, par exemple parce qu'elle n'est accompagnée d'aucun programme d'investissement ou qu'aucune incorporation des réserves au capital n'est prévue¹³⁰.

¹²⁸ Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15.045, FS-P + B + R : JurisData n°2008-044423 ; Dr. sociétés 2008, comm. 176, note R. MORTIER ; dans cette affaire, ont été jugées constitutives d'abus de majorité, les décisions de constitution d'une réserve dans une SCI pour un montant total de 17 426 283 francs, accompagnée de prélèvements sur les bénéfices afin de rembourser les comptes courants des seuls associés majoritaires, à l'exclusion de l'associé minoritaire.

¹²⁹ Pour certains, il s'agit de l'intérêt de l'être moral, conçu comme distinct de celui des associés, pour d'autres auteurs, l'intérêt social ne saurait dépasser le cercle des seuls associés, sans d'ailleurs se confondre avec l'intérêt commun de ces derniers.

¹³⁰ L'affectation systématique des bénéfices aux réserves qui n'ont répondu ni à l'objet, ni aux intérêts de la société et qui ont favorisé les associés majoritaires (prime de bilan voté au gérant) au détriment du minoritaire, est caractéristique d'un abus de majorité : Com. 1er juill. 2003, JCP E 2003. 1602 ; Bull. Joly 2003. 1137, note A. CONSTANTIN ; Rev. Sociétés 2004. 337, Chron. B. LECOURT, et Com. 3 juin 2003, Bull. Joly 2003. 1049, note L. GODON ; Dr. sociétés 2003, n°185, note F-G. TRÉBULLE. - Pour une mise en réserve des bénéfices constitutive d'un abus de majorité dans une société civile, V. Com. 7 févr. 2012, n° 10-17.812, Rev. sociétés 2012. 622, note A-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU.

La notion d'abus de majorité a également été appliquée à propos de décisions émanant soit de l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, soit de l'organe de gestion de la société.

Si la décision contestée relève d'une simple opportunité sans que les intérêts majoritaires soient clairement avantagés, la demande des minoritaires sera rejetée, le juge n'ayant pas à apprécier le bien-fondé de la décision¹³¹.

117. Le juge devra relever la **possibilité d'un préjudice** pour les minoritaires.

Ainsi, si tous les associés subissent les conséquences de la décision, la majorité n'est pas fautive. Mais, si un avantage est réservé aux seuls majoritaires, ou un désavantage réservé aux seuls minoritaires, l'abus est constitué. Il appartient, cependant, aux minoritaires de le prouver. En somme, c'est à celui qui agit pour abus de le prouver. Pour entrer en voie de condamnation il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'une intention de nuire.

118. S'agissant d'un abus de la majorité, et non pas du dirigeant de la société, ce sont les actionnaires majoritaires eux-mêmes qui devront être poursuivis en justice aux fins d'indemnisation du préjudice des minoritaires.

Le dirigeant, confronté à une décision des majoritaires en assemblée, qu'il réproouve, serait fondé à agir en nullité de cette décision constitutive d'un abus de majorité.

Mais, la contestation ne vise pas seulement les décisions prises en assemblée générale par les associés ou les actionnaires.

La décision de tout organe social, dès lors qu'elle est contraire à l'intérêt social et favorise la majorité au détriment de la minorité peut constituer un abus de majorité.

L'abus commis dans l'exercice du droit de vote d'une assemblée générale affecte par lui-même la régularité des délibérations de cette assemblée¹³².

¹³¹ Cass. com., 28 avr. 2004, n° 00-12.827, RJDA 2004, n° 8-9, n°982

¹³² Cass. com., 1er juill. 2003, n°99-19.328, 1re esp., RJDA 2003, n°11, n°1074.

Les décisions concernant des augmentations ou des réductions de capital, technique connue sous le nom de « *coup d'accordéon* », sont en règle générale admises par la jurisprudence¹³³.

Cependant, constitue un abus de majorité, et est donc nulle, l'augmentation du capital d'une société civile afin de financer des travaux non urgents incombant au locataire, ainsi que des travaux d'extension non déterminés précisément¹³⁴.

Selon un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 2010¹³⁵, la personne morale actionnaire minoritaire d'une SA, laquelle est contrôlée par une société elle-même contrôlée par une holding, faisant valoir que certaines opérations dommageables pour la société avaient donné lieu à des conventions entrant dans les prévisions de l'article L. 225-38 du Code de commerce (donc soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration) sans qu'aient été observées les prescriptions de l'article L. 225-40 du même code (l'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable) et qu'en outre, la réduction du capital suivie d'une augmentation de celui-ci avait été irrégulièrement décidée par une assemblée générale extraordinaire du 29 juin 2004, le minoritaire a assigné le dirigeant ainsi que les sociétés concernées.

L'arrêt retient que le bilan de la société arrêté au 31 décembre 2003 faisait apparaître des capitaux propres négatifs, qu'il a ainsi été décidé de réduire le capital à zéro et de l'augmenter immédiatement à hauteur d'un million d'euros par la création de 10 000 actions nouvelles ; que cette opération, qui répondait à des considérations comptables, n'a pas consisté en une « *manoeuvre mise en place* » par les majoritaires pour « *diluer* » la participation du minoritaire, et « *poursuivre leur entreprise de pillage* » ; la cour d'appel a ainsi répondu aux conclusions invoquées relatives à l'abus de majorité allégué.

Pour débouter le minoritaire de sa demande tendant à la condamnation du président du conseil d'administration et directeur général au paiement de

¹³³ Sur la régularité d'un coup d'accordéon : CA Versailles, 16 déc. 2004, Bull. Joly 2005. 701, note J. SYLVESTRE.

¹³⁴ CA Toulouse, 1^{re} ch., sect. 1, 2 juin 2009, Toussaint c/ Cousin : JurisData n° 2009-007301 ; Dr. sociétés 2010, comm. 22, note R. MORTIER.

¹³⁵ Cass. com., 15 juin 2010, F-D, n° 09-10.961, Sté Maaldrift BV c/ Leveau : JurisData n° 2010-009410 ; Dr. sociétés 2010, comm. 183, obs. M. ROUSSILLE.

dommages-intérêts à la société au titre de l'acquisition par cette dernière de 60 000 actions d'une société tierce, l'arrêt relève que :

- cette cession constituait une convention réglementée au sens de l'article L. 225-38 du Code de commerce puisque la société cédante détient 88,05 % de l'acquéreur,
- le dirigeant est à la fois administrateur délégué de la cédante et président de la cessionnaire,
- le conseil d'administration de la société cessionnaire du 27 juin 2001 a été informé du projet de prise de contrôle de la société tierce et a donné son accord notamment sur la proposition d'un administrateur tendant à l'acquisition dans un premier temps de la seule minorité de blocage ;
- le 16 septembre 2002 a été dressé le rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions réglementées au titre de l'exercice 2001,
- est intervenue l'assemblée générale des actionnaires du 30 septembre 2002 qui a approuvé la cession,
- dans l'hypothèse même d'une irrégularité affectant l'autorisation donnée par le conseil d'administration qui n'a pas précisé, contrairement aux dispositions de l'article L. 225-40 du Code de commerce, le dirigeant n'avait pas pris part au vote, la nullité éventuelle a été couverte par le vote de l'assemblée générale conformément à l'article L. 225-42, dernier alinéa du même code.

Ainsi, d'une façon générale, il ne suffit pas, pour qu'une décision puisse être qualifiée d'abusives, qu'elle soit avantageuse pour les majoritaires ; il faut encore qu'elle ait porté préjudice à la société ou soit contraire à l'intérêt social.

119. Sanction de l'abus de majorité. Une fois la démonstration faite d'un abus de majorité, plusieurs types de sanction sont à envisager. L'abus peut être sanctionné par la nullité, par des dommages et intérêts, et par la dissolution de la société.

La sanction ordinaire de l'abus de majorité est la nullité de la délibération entachée d'abus ou la condamnation à des dommages intérêts. Parfois les juges nommeront un administrateur provisoire ayant mission de gérer les affaires sociales lorsqu'il apparaît que l'intérêt social, d'ailleurs largement entendu, ne

semble pas convenablement défendu par les administrateurs régulièrement investis par la majorité¹³⁶.

S'agissant de la nomination d'un mandataire *ad hoc* cette sanction reste propre à l'abus de minorité qu'il faut définir au préalable.

b. L'abus de minorité ou d'égalité

120. Définition. L'abus de minorité est qualifié dans tout comportement de minoritaire qui impliquerait « *une atteinte à l'intérêt social et une rupture d'égalité entre les associés par la recherche d'un intérêt personnel* »¹³⁷.

Il y aurait atteinte à l'intérêt social, atteinte qui serait doublée soit d'une rupture d'égalité, soit d'une intention négative s'inscrivant dans une stratégie d'intimidation et d'opposition systématique. Il a ainsi été proposé de distinguer entre des abus positifs et des abus négatifs¹³⁸.

Constitue des abus de minorité dits positifs, l'exercice abusif d'une action en justice consistant, par exemple, à solliciter une expertise de gestion alors que le ou les demandeurs ne réunissent pas le minimum de parts de capital requis¹³⁹, ou la décision obtenue au moyen d'un vote de surprise¹⁴⁰.

¹³⁶ V. notamment CA Paris, 22 mai 1965, aff. Fruehauf : D. 1968, jurispr. p. 147, note R. CONTIN ; RTD com. 1965, p. 619, obs. R. RODIÈRE et 631, obs. R. HOUIN ; JCP G 1965, II, 14274 bis, concl. av. gén. Nepveu. – CA Paris, 15 mars 1968 : JCP G 1969, II, 15814, N. BERNARD. – CA Rouen, 25 sept. 1969 : JCP G 1970, II, 16219, obs. Y. GUYON ; Rev. sociétés 1970, p. 295, note J.H. – CA Rouen, 26 mai 1972 : D. 1973, p. 196, note D. SCHMIDT. – CA Rouen, 4 avr. 1974 : Rev. sociétés 1974, p. 718, note J.-J. BURST. – V. aussi T. com. Toulouse, réf., 24 mai 1972 : D. 1973, jurispr. p. 198, note D. SCHMIDT ; Rev. sociétés 1973, p. 83, note CH. DE BUTTET.

¹³⁷ M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2 : Les sociétés, par E. Du PONTAVICE et J. DUPICHOT, 1982, Montchrestien, n° 781-6.

¹³⁸ P. LE CANNU, article préc., Bull. Joly 1986.429, spéc. p. 430 ; D. VIDAL, note sous CA Lyon, 20 déc. 1984 et CA Paris, 18 déc. 1985, RJ com. 1988.89, spéc., p. 96-97, où l'auteur oppose « abus par excès » et « abus par défaut ».

¹³⁹ Cass. com. 12 janv. 1976, Rev. sociétés 1976.330, note Ph. Merle, Bull. Joly 1976.132, D. 1977.141, note Y. CHARTIER.

¹⁴⁰ Pour un exemple dans une SCI constituée entre trois personnes dont deux époux : Civ. 3e, 14 févr. 2007, Bull. Joly 2007. 882, note P. LE CANNU.

L'abus de minorité négatif met l'accent sur la fonction propre de la minorité dans la société et sur le pouvoir de blocage qui y est inhérent¹⁴¹ : c'est dire que l'abus tiendra à l'usage ou au non-usage fait du droit de vote, que ce soit au sein de l'assemblée générale ou du conseil d'administration.

Le juge, face au blocage qui en résulte, risque de se voir entraîné sur le terrain de l'opportunité au lieu d'avoir à trancher une question de légalité.

La Cour de cassation adopte une attitude prudente en déclarant que : « *s'ils n'ont pas à se substituer à l'assemblée générale dans la gestion du patrimoine social, les juges n'en doivent pas moins contrôler les décisions de cette assemblée acquises dans des conditions qui risquent de fausser, au profit de quelques actionnaires, les règles établies pour la protection de tous* »¹⁴².

121. Le blocage résultant d'un vote négatif du ou des minoritaires ne peut qu'entraîner le maintien du statu quo.

On est donc nécessairement amené à envisager l'éventualité de l'adoption de la décision proposée, c'est-à-dire à considérer les incidences de la décision à laquelle les minoritaires font obstacle.

La jurisprudence offre des exemples de cas où des cours d'appel n'ont pas hésité à faire référence à des « *abus de minorité* » au sujet de harcèlements provoqués par des minoritaires sous la forme d'actions en responsabilité engagées à la légère ou de demandes d'expertise intempestives, soit des agissements relevant classiquement de l'abus de droit de type traditionnel¹⁴³.

122. C'est notamment pour **l'adoption de modifications statutaires**, pour lesquelles l'appoint de leurs voix est nécessaire, que la question de l'abus de minorité s'est posée et a donné à la jurisprudence l'occasion d'en préciser les contours et d'en faire ressortir le caractère très exceptionnel.

¹⁴¹ M. CABRILLAC, De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité, Mélanges A. COLOMER, 1993, Litec, p. 109, spéc. p. 111, n°7 ; obs. faite par D. VIDAL, RJ com. 1988, p. 97, n° 4, « c'est l'abus par défaut qui mérite attention ».

¹⁴² Cass. com. 16 oct. 1963, D. 1964.431, S. 1964.310, note J. AUTESSERRE.

¹⁴³ CA Paris, 12 sept. 1995, Dr. sociétés déc. 1995, n°252, obs. D. VIDAL.

La question s'est posée par exemple pour les augmentations de capital car ce n'est pas parce qu'un actionnaire s'est prononcé pour la continuation de la société que son vote sera nécessairement abusif si, par la suite, il vote contre l'augmentation de capital.

A l'inverse, d'ailleurs, si un actionnaire a donné son accord à la dissolution anticipée de la société, cela n'implique pas son accord pour voir augmenter ses engagements et contribuer au passif au-delà de son apport.

Les arrêts sont toutefois nombreux dans lesquels les magistrats décident que l'abus de minorité doit être écarté, ce qui témoigne que cette situation constitue une exception, strictement appréhendée.

Ainsi, faute pour les actionnaires d'avoir reçu les documents leur permettant de se prononcer en connaissance de cause et d'émettre un vote éclairé, il ne peut y avoir abus de minorité.

De même, lorsqu'une réduction de capital pour capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social a été votée par l'ensemble des actionnaires, minoritaires compris, le fait que l'un de ceux-ci refuse de voter l'augmentation de capital subséquente n'est pas constitutif d'un abus dès lors, d'une part, que cette augmentation n'était pas indispensable à la survie de la société, et d'autre part, qu'elle entraînait pour l'intéressé une dilution de sa participation dans le capital, celle-ci passant de 32 % à 2,53 %¹⁴⁴.

L'abus de minorité suppose d'établir que l'opposition du minoritaire au vote de l'augmentation de capital était fondée sur l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés¹⁴⁵.

De même, n'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel qui écarte le grief d'abus de minorité sans rechercher si l'opposition de l'associé à l'origine de la mésentente ne procédait pas de la volonté de faire prévaloir ses intérêts personnels sur les intérêts essentiels de la société¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CA Paris, 24 janv. 1997, Bull. Joly 1997.405, note B. SAINTOURENS.

¹⁴⁵ CA Paris, 12 sept. 1995, Dr. sociétés déc. 1995, n° 252, obs. D. VIDAL

¹⁴⁶ Cass. com. 10 mai 2011, n°10-16.323, Bull. Joly, 2011. 875, note F-X. LUCAS

123. Rappel des critères. La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 décembre 2012¹⁴⁷, a rappelé fermement les deux critères constitutifs de l'abus de minorité qui sont le fait pour le minoritaire d'agir dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment des autres associés.

Lorsque la survie de la société est en jeu, c'est la comparaison des intérêts antagonistes qui seule permettra de décider si l'opposition du, ou des, minoritaire(s) sera tenue pour abusive.

En l'espèce, La Compagnie du Vent, société par actions simplifiée a deux actionnaires : d'un côté, GDF-Suez, actionnaire majoritaire et, d'un autre côté, un actionnaire minoritaire, la société Soper.

Lors d'une assemblée, les actionnaires sont conviés à approuver un projet d'accord entre GDF-Suez et LCV. L'actionnaire minoritaire, Soper, vote contre ; l'approbation de Soper étant requise par les statuts, le projet n'a pu donc pas être adopté.

L'actionnaire majoritaire assigne Soper devant le juge en abus de minorité.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel¹⁴⁸ qui n'avait pas tenu compte du caractère cumulatif des deux conditions constitutives de l'abus de minorité pour rejeter la constitution de ce dernier.

La cour d'appel avait, en effet, relevé que le minoritaire reconnaissait lui-même que le projet était vital pour La Compagnie du Vent et qu'il y avait urgence à l'adopter. Son attitude s'expliquait seulement par le refus de GDF-Suez de verser une indemnité à La Compagnie du Vent, indemnité qui ne reposait sur aucun élément comptable selon la cour d'appel. La formulation était ambiguë car elle pouvait vouloir dire que l'indemnité n'était pas causée ou qu'elle l'était mais que son montant n'était pas justifié.

La Cour de cassation rappelle donc : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir qu'en refusant d'approuver le projet présenté par la société GDF-Suez la société Soper avait agi dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment des autres associés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁴⁷ Cass. com. 4 déc. 2012, n°11-25.408, note F-D

¹⁴⁸ Cass. Com. 10 mai 2011, n°10-16.323, Bull. Joly, 2011. 875, note F-X. LUCAS.

Le débat portera nécessairement sur la confrontation entre l'intérêt social et la mesure opposée par le minoritaire mais également sur la démonstration de l'unique dessein de favoriser les propres intérêts de ce dernier.

Une distinction délicate est opérée entre la légitime sauvegarde des intérêts personnels et l'égoïsme constitutif de l'abus de minorité. La Cour recherchera alors si le minoritaire situe son opposition à l'intérieur de la société et défend notamment son intérêt personnel d'associé, ou si, au contraire, il défend des intérêts extérieurs, par exemple sa position de concurrent, son opposition étant un moyen mis en oeuvre pour la satisfaction d'intérêts extérieurs à la société.

En définitive, ce n'est guère que lorsqu'il y va de la survie même de la société et que le ou les minoritaires ne sont pas en mesure d'invoquer un intérêt sérieux pour justifier leur opposition, qu'un abus pourra être retenu à leur charge.

124. L'abus d'égalité. Pour l'abus d'égalité, qui est une variante de l'abus de minorité, la Cour de cassation retient la même définition dans un arrêt du 14 février 2007¹⁴⁹ en indiquant que : « *L'abus d'égalité est constitué lorsque le ou les associés égaux bloquent une décision essentielle pour la société dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts aux dépens des autres associés* ».

En l'espèce, une SCI est constituée entre trois personnes dont deux époux.

La Haute juridiction rappelle qu'a légalement justifié l'abus d'égalité, la cour d'appel qui retient que le refus de deux des associés de voter en faveur du versement d'un loyer en contrepartie de l'occupation, par un seul des associés, constitue à la fois une atteinte à l'objet social et à l'intérêt général de la société et que le vote de la gestion rémunérée de l'immeuble doit être qualifiée d'opération essentielle à la survie financière de la société.

Elle confirme que le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne et censure sur ce point les juges du fond sur le fondement de l'article 1853 du code civil¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cass. 3e civ., 14 févr. 2007, n° 06-10.318, FS-D, Maumy c/ Dunand : JurisData n° 2007-037406, Bull. Joly 2007. 882, note P. LE CANNU. Sur renvoi après cassation, V. Civ. 3e, 16 déc. 2009, n° 09-10.209.

¹⁵⁰ Cass. Civ. 16 déc 2009, Bull. Joly 2010. 468, note F-X. LUCAS ; V. Com. 31 mars 2009, n°08-11.860, D. 2009. AJ, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2009. 601, note B. DONDERO ; Dr. sociétés 2009, n°116, obs. D. GALLOIS-COCHET.

En effet, les associés égaux comme les associés minoritaires ne peuvent pas, à la différence des majoritaires, imposer une décision. Ils ne peuvent que faire obstacle à une résolution : ils votent pour le maintien du statu quo.

La question des sanctions encourues en cas d'abus de minorité ou d'égalité se pose alors.

2. La nomination d'un mandataire *ad hoc* comme remède à l'abus

125. La sanction de l'abus. Lorsque l'abus de minorité est établi, la condamnation à des dommages-intérêts pose guère de difficulté s'il est rapporté la preuve de l'existence d'un préjudice financier et un lien de causalité entre le refus du minoritaire et les difficultés ultérieures de la société.

Un arrêt d'appel¹⁵¹, avait affirmé qu'un abus de minorité ne pouvait avoir pour conséquence qu'un éventuel recours en dommages-intérêts.

Mais la Cour de cassation le 14 janvier 1992¹⁵² a censuré une telle sanction exclusive en affirmant nettement que : « *Hormis l'allocation d'éventuels dommages-intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social* ». Cette décision témoigne de l'évènement du mandataire *ad hoc* comme remède à un abus.

Quelques mois après cette décision, un arrêt du 15 juillet 1992¹⁵³ censurait un arrêt d'appel¹⁵⁴ pour donner, à cette occasion et pour la première fois, la définition

¹⁵¹ CA Paris, 26 janv. 1990, JCP, éd. E, 1990.19613, Rev. sociétés 1990.292, obs. Y. GUYON, Dr. sociétés 1990, n°324, note D. VIDAL.

¹⁵² Cass. com., 14 janvier 1992 : Bull. Joly Sociétés, 1992, p. 273, § 81 ; D. 1992.337, 1ere esp., note J.-C. BOUSQUET, Rev. sociétés 1992.44, note PH. MERLE, JCP 1992. II. 21849, note J.-F. BARBIÈRI, JCP, éd. E, 1992. II. 301, note A. VIANDIER, Bull. Joly 1992.273, note P. LE CANNU, Dr. sociétés 1992, n° 55, note H. LE NABASQUE, Quot. jur. N°19, 5 mars 1992, p. 3, et RTD com. 1992.636, n° 2, obs. Y. REINHARD ; JCP, éd. N, 1992, II, 193, note TH. BONNEAU ; Petites Affiches, 1992, n° 80, note D. GIBIRILA ; V. l'arrêt cassé, Paris, 26 janvier 1990 : JCP, éd. E, 1990, I, 19613 ; Rev. sociétés, 1990, 292, obs. Y. GUYON.

¹⁵³ D. 1993.279, note H. LE DIASCORN, JCP 1992. II. 21944, note J.-F. BARBIÈRI, Bull. civ. IV, n°279, Rev. sociétés 1993.400, note PH. MERLE, JCP, éd. E, 1992. II. 375, note Y. GUYON, Dr. sociétés oct. 1992, n° 207, note H. LE NABASQUE, Quot. jur. N°22, 18 mars 1993, p. 2 et RTD com. 1993.112, obs. Y. REINHARD.

de l'abus de minorité et indique donc que les juges du fond auraient dû préciser : « *en quoi l'attitude de Mme Six avait été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'elle aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour la société et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* »¹⁵⁵.

La cassation est prononcée à un double titre, d'une part, au visa de l'article 1382 du Code civil, parce que l'existence même d'un abus de minorité n'était pas établie, et d'autre part, sur le fondement de l'article 69 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu C. com., art. L. 243-23) en ce que « *l'abus de ses droits par l'associé minoritaire, à le supposer établi, n'était pas susceptible d'entraîner la validité de la décision irrégulière* ».

La Haute juridiction semblait condamner, au moins implicitement, le recours à la décision judiciaire valant vote.

La condamnation expresse du recours à la décision judiciaire valant vote par la Cour de cassation été faite avec l'arrêt Flandin du 9 mars 1993¹⁵⁶.

En l'espèce, le capital d'une SARL devait être augmenté. En omettant de répondre à la consultation écrite, deux des quatre associés faisaient obstacle à cette augmentation et, sur ce premier point, la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir « *retenu à bon droit que M. Flandin avait commis un abus de minorité en s'opposant à l'augmentation de capital à hauteur de 50 000 F qui était légalement requise et qui était nécessaire à la survie de la société* ».

Mais après l'échec de cette première tentative, une assemblée avait été convoquée en vue d'augmenter le capital.

¹⁵⁴ CA Limoges, 23 avr. 1990, Dr. sociétés 1990, n° 357

¹⁵⁵ Ceci n'implique pas nécessairement une « rupture d'égalité », dans la mesure où l'on empêche la prise de décision : les associés demeurent dans les liens de leurs engagements précédents ; dans l'abus de majorité, au contraire, une décision est prise, qui désavantage les minoritaires.

¹⁵⁶ Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. civ. IV, n°101, Rev. sociétés 1993, p. 403, note PH. MERLE, JCP 1993. II. 22107, note Y. PACOT, Gaz. Pal. 1993.2.334, note BONNARD, JCP, éd. E, 1993. II. 448, note A. VIANDIER et, éd. N, 1993. II. 293, note J.-F. BARBIÈRI, en annexe à l'étude de P. LE CANNU, Le minoritaire inerte, Bull. Joly 1993.537, Petites affiches, no 36, 24 mars 1993, p. 12, note P. M., Dr. sociétés 1993, n° 95, note D. VIDAL. Dr. sociétés 1993, n° 95, obs. H. LE NABASQUE, Gaz. Pal. 11-13 juill. 1993, note J. BONNARD, D. 1993, jur., p. 363, note Y. GUYON, BRDA 1993, no 6, p. 15, LPA 24 mars 1993, p. 12, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 547, JCP N 1994, II, p. 152, note A. VIANDIER.

Les juges d'appel avaient, sur ce second point, conclu à un abus de minorité pour lequel la Cour de cassation exerça sa censure et reprocha à la cour d'appel d'avoir avancé des motifs impropres à établir l'abus de minorité tout en retenant que « *les résultats de la société étaient bons et que celle-ci était prospère* ».

L'apport le plus intéressant de l'arrêt du 9 mars 1993 porte sur la sanction applicable à l'abus de minorité en droit des sociétés.

126. La nomination d'un mandataire *ad hoc* : une solution à l'abus de minorité. Cet arrêt Flandin énonce que le juge « *ne peut se substituer aux organes sociaux légalement compétents* », ce qui condamne le système de la décision judiciaire valant acte qu'avaient cru pouvoir adopter certaines cours d'appel.

De plus, et surtout, l'arrêt ajoute qu'il est possible au juge de « *désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défailants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires*¹⁵⁷ ».

Cela signifie que le mandataire pourrait voter une augmentation de capital permettant que celui-ci soit supérieur au montant minimum exigé pour éviter la dissolution, mais qu'il n'est pas invité à diluer totalement la participation des représentés en votant une augmentation beaucoup plus importante.

Dès lors, en cas d'abus de minorité résultant de leur refus de voter une résolution¹⁵⁸ un mandataire *ad hoc* peut être chargé de voter à la place d'un groupe d'actionnaires minoritaires.

Le mandataire n'est pas tenu de voter purement et simplement la résolution litigieuse que les minoritaires ont abusivement refusé de voter.

¹⁵⁷ V. CA Paris, 13 juill. 1993, Dr. sociétés déc. 1993, p. 10, n° 225, note H. LE NABASQUE ; comp. résistant à la jurisprudence Flandin : CA Paris, 25 mai 1993, Rev. sociétés 1993.827, chron. G. DURAND-LÉPINE, Dr. sociétés, août-sept. 1993, n° 165, note H. LE NABASQUE, RTD com. 1993.673, obs. Y. REINHARD, Bull. Joly 1993.853, note P. LE CANNU.

¹⁵⁸ Cass. com., 9 mars 1993 : Juris-Data n° 1993-000497 ; Dr. sociétés 1993, n° 95, comm. H. LE NABASQUE ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note PH. MERLE ; D. 1993, jurispr. p. 363, note Y. GUYON ; Bull. Joly 1993, p. 537, note P. LE CANNU.

Si tel était le cas, cela reviendrait à considérer que la décision reconnaissant l'abus de minorité vaut nécessairement adoption de la résolution, ce que la Cour de cassation refuse d'admettre, le juge refusant de se substituer lui-même aux organes sociaux légalement compétents.

Le juge donne ainsi une norme de conduite au mandataire *ad hoc* qui peut sans doute proposer une modification des termes de la résolution et tenter une conciliation entre les intérêts en présence. Pour cela le mandataire *ad hoc* doit connaître la vie sociale et s'informer avant de voter.

127. L'information du mandataire *ad hoc*. La nomination d'un mandataire *ad hoc* est donc admise et régulièrement appliquée par les juges lorsque l'abus de minorité est constitué.

A titre d'exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence 11 avril 2013¹⁵⁹ a précisé que le mandataire *ad hoc* se substituant à l'associé minoritaire dans l'exercice de son droit de vote doit en recueillir les observations au vu des documents collectés préalablement à l'assemblée générale et chercher à obtenir toute information de nature à exprimer un vote éclairé.

La qualité de l'information dispensée au minoritaire est très importante car la jurisprudence estime que l'absence d'information légitime l'opposition du minoritaire et exclut l'abus de minorité.

En l'espèce, un mandataires *ad hoc* avait été nommé pour se substituer à un associé minoritaire dans l'exercice de son droit de vote à la suite d'une assemblée générale lors de laquelle un associé minoritaire refusa que la société s'associe à une autre pour un projet d'envergure.

Ce vote ayant empêché toute collaboration, les majoritaires saisirent le président du tribunal de commerce pour que soit constaté un abus de minorité et que soit désigné un mandataire *ad hoc*.

Une Cour d'appel fit droit à la demande avant que la Cour de cassation casse sa décision.

¹⁵⁹ CA Aix-en-Provence, 11 avr. 2013, n° 2013/320, LEDEN, 02 mai 2013 n° 5, P. 2 obs N. PELLETIER.

Le mandataire *ad hoc* ayant entre-temps voté favorablement au projet litigieux, l'associé minoritaire, mécontent, décida de saisir le juge des référés aux fins que lui soient communiqués tous les documents échangés entre le mandataire *ad hoc* et l'associé majoritaire.

L'ordonnance sur requête, qui accueillit favorablement la demande, ayant été réformée, l'associé majoritaire interjeta appel.

La désignation d'un mandataire *ad hoc* est subordonnée à la caractérisation d'un abus de minorité. La décision qui le nomma indiquait précisément au mandataire *ad hoc* ce qu'il ne devait pas faire mais non ce qu'il devait entreprendre.

Dés lors la cour d'appel exige du mandataire *ad hoc* qu'il s'enquiert de l'avis de l'associé auquel il se substitue et que ce dernier, lui soumette les documents transmis préalablement au vote et, plus généralement, qu'il entreprenne toute démarche de nature à mieux cerner ce que commande l'intérêt social, tentant ainsi de concilier l'intérêt de la société et celui de l'associé.

Cette décision précise entre autre qu'un associé dont les droits de vote ont été exercés par un mandataire *ad hoc* est en droit de solliciter la désignation d'un huissier aux fins d'obtenir communication forcée des pièces échangées entre le mandataire *ad hoc* et les associés ayant sollicité sa désignation. En somme le mandataire *ad hoc* ne saurait opposer la confidentialité tirée de son statut de pour dénier toute obligation à lui rendre des comptes.

Dés lors cet arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 11 avril 2013 a été très justement critiqué¹⁶⁰ car il appelle des observations du point de vue de la confidentialité dont les mandataires *ad hoc* doivent se prévaloir dans l'exercice de leurs fonctions qui sera évoqué plus loin¹⁶¹.

128. Un mandataire *ad hoc* peut donc être désigné en cas d'abus de minorité ou d'égalité. Il peut également représenter la société, dès lors qu'il existe un conflit d'intérêts entre cette dernière et ses représentants légaux, pour l'exercice de l'action sociale.

¹⁶⁰ CA Aix-en-Provence, 11 avr. 2013, n° 2013/320, LEDEN, 02 mai 2013 n° 5, P. 2 obs N. PELLETIER.

¹⁶¹ V. supra p. 285

En revanche, ses pouvoirs sont limités par la jurisprudence en cas de liquidation judiciaire d'un associé d'une société au motif que le débiteur n'est pas dessaisi « de l'exercice des droits attachés à sa personne ».

B. Le conflit d'intérêts entre la personne morale et ses représentants légaux

129. En droit des sociétés. Dans l'exercice de l'action sociale, les nouvelles dispositions réglementaires¹⁶² propres aux SARL et aux SA autorisent désormais la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour représenter la société, lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la personne morale et ses représentants légaux. Il s'agit de protéger l'intérêt social dans une instance en responsabilité où les dirigeants légaux risqueraient de faire prévaloir leurs intérêts personnels.

En effet, tout actionnaire peut exercer des droits et actions qui appartiennent à la collectivité des associés. Il peut ainsi, rechercher la responsabilité des dirigeants de l'entreprise qui, dans l'exercice de leurs fonctions, peuvent, dans certains cas, engager leur responsabilité civile, voire à l'égard de la société elle-même.

Cet avantage est justifié par le fait que les dirigeants disposent, seuls, du droit de représenter la société en justice. S'ils ont commis une faute à l'égard de cette société, ils ne seront pas enclins à prendre l'initiative d'une action dirigée contre l'un ou l'autre ou l'ensemble d'entre eux.

130. L'action *ut singuli*. L'action sociale sera engagée par la société elle-même, par l'intermédiaire de son représentant légal actuel, contre les anciens dirigeants qui demeurent responsables des fautes commises durant l'exercice de leurs fonctions. Elle peut être intentée par chaque associé, quelque soit le nombre de titres qu'il possède.

¹⁶² C. com., art. R. 223-32 et R. 225-170, issus D. n° 2006-1566, 11 déc. 2006 – V. RTD com. 2007, p. 140, comm. C. CHAMPAUD et D. DANET.

En l'exerçant dans l'intérêt de la société, l'associé va se substituer au représentant légal afin d'assurer la défense du patrimoine social.

Réservée d'abord aux actionnaires des sociétés anonymes, cette action a été étendue par la suite à tous les types de sociétés. Elle s'exerce soit par une initiative individuelle de l'un ou l'autre d'entre eux, soit par l'intermédiaire d'une association¹⁶³.

L'exercice de l'action *ut singuli* permet aux demandeurs, non seulement d'agir en responsabilité contre les administrateurs en raison des fautes commises dans l'accomplissement de leur mandat et d'obtenir ainsi réparation de leur préjudice, mais aussi d'agir à ce titre pour faire prononcer la nullité d'un acte social passé par les organes d'administration de la société. Les dommages-intérêts ainsi obtenus tombent dans l'actif social.

Le fait que les dommages tombent dans l'actif social et non dans le patrimoine du ou des associés qui ont exercé l'action *ut singuli*, motive le fait qu'ils ne puissent pas faire pratiquer, en leur nom, une saisie conservatoire sur les biens du ou des fautifs¹⁶⁴.

Aucune disposition des statuts ni aucune décision des assemblées générales ne peut ni enlever ni restreindre le droit des actionnaires d'intenter individuellement une telle action, ni leur droit de rechercher individuellement ou collectivement la responsabilité des dirigeants des sociétés au capital desquelles ils ont participé, et ce alors même que les assemblées auraient donné à ces dirigeants, quitus de leur gestion.

131. Un mandataire *ad hoc* peut également être désigné par le juge en cas de refus du dirigeant de déposer les comptes de sa société, dans le cadre d'une procédure de référé-injonction.

¹⁶³ Répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du Code de commerce, modifié par Ordonnance n°2005-1126 du 8 septembre 2005 - art. 22 (V) JORF 9 septembre 2005.

¹⁶⁴ Cass. Civ., 2^{ème} Chambre civile, 14 septembre 2006, pourvoi n°05-16266.

§2. LE REFUS DU DIRIGEANT DE DÉPOSER SES COMPTES

132. Obligation de déposer les comptes. Le dépôt des comptes d'une société constitue une obligation légale pour le dirigeant de certaines entreprises. Les statistiques révèlent que, depuis 2001, l'absence de dépôt des comptes annuels reste une pratique extrêmement répandue¹⁶⁵.

Or, le non-respect de l'obligation de déposer les comptes annuels compte parmi les principales alertes signalant de sérieuses difficultés pour une entreprise.

C'est pourquoi la loi de sauvegarde des entreprises a permis, dès lors que les dirigeants n'auront pas publié les comptes dans le délai requis, au président du tribunal de leur adresser une injonction, sous astreinte, de déposer leurs comptes à bref délai, voire de nommer un mandataire *ad hoc* pour le faire en leur nom, ce qui représente une exécution forcée en nature de l'obligation de faire ici inexécutée.

En effet, sans préjudice des sanctions pénales de l'article R. 247-3 du Code de commerce, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a prévu que lorsque les dirigeants omettent de déposer les comptes annuels dans les délais, le président du tribunal de commerce peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai, sous astreinte (C. com., art. L.611-2, II, al. 1).

Le nouvel article 18, I, de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 est venu parachever ce dispositif puisque désormais, le greffier qui constate le défaut de dépôt des comptes doit en informer le président du tribunal de commerce pour qu'il puisse mettre en oeuvre la procédure d'injonction (C. com., art. L 232-24).

Le pouvoir du Président du tribunal de commerce d'injonction, sous astreinte, de publication des comptes a été attaqué par voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La question n'a pas été jugée sérieuse par la Cour de cassation¹⁶⁶ le 15 janvier 2013 qui a refusé de saisir le Conseil constitutionnel de la conformité de l'article L. 611-2, II, du Code de commerce.

¹⁶⁵ En 2003, étaient ainsi en infraction 50,4 % des SA, 62,2 % des SARL et 87,7 % des SNC : Rapport Sénat, Projet de loi de sauvegarde des entreprises, n° 335.

¹⁶⁶ Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-40086 QPC (n° F-D) ; P.RUBELLIN, « Constitutionnalité de l'injonction présidentielle de publication des comptes (C. com., art. L. 611-2) », LEDEN, 15

... / ...

En l'espèce, il était soutenu que le pouvoir d'injonction sous astreinte méconnaît les « *principes de la liberté du commerce et de l'industrie, de libre concurrence et de liberté d'entreprendre qui découlent de l'article 4 de la déclaration de 1789* ».

La Cour de cassation a jugé la question posée dépourvue de caractère sérieux et a indiqué que « *les restrictions aux principes de la liberté d'entreprendre et d'égalité devant la loi, qui peuvent résulter de ce texte (l'article L. 611-2, II, du Code de commerce) répondent à un motif d'intérêt général de transparence économique poursuivi par le législateur et ne portent pas une atteinte disproportionnée à ces principes qui aurait pour effet d'en dénaturer la portée* ».

Un mandataire *ad hoc* peut alors être désigné, dans le cadre d'un référé-injonction pour pallier un défaut de dépôt de comptes, au mépris, pour certains du principe du « secret des affaires ».

Ainsi l'étude du bilan, l'analyse des comptes des entreprises que font réaliser les greffes des tribunaux de commerce est d'une grande utilité pour détecter les difficultés des entreprises et permettre au juge de la prévention de jouer son rôle.

Seront de même observés avec attention tous les autres éléments révélant une difficulté tels que les prises de garantie, les ordonnances d'injonction de payer à répétition, le non-dépôt des comptes annuels, les courriers des administrations, du Parquet, des représentants du personnel, des salariés et naturellement les alertes des commissaires aux comptes.

133. Le ministère public. Face à l'échec d'une mesure alternative et au refus réitéré du dirigeant de se conformer aux dispositions légales, le ministère public, au visa de l'article L. 123-5-1 du Code de commerce, peut solliciter la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour procéder au dépôt des comptes à la place du dirigeant ou demander une injonction de déposer les documents sous astreinte.

février 2013 n° 2, P. 2 ; N. BORGA, « Injonction de publication des comptes : non-renvoi d'une QPC », BJE, 01 mars 2013 n° 2, P. 72 ; Constitutionnalité de l'article L. 611-2 –II, Cass. Com., 3 sept 2013, N° de pourvoi: 13-40033 ; est jugée constitutionnelle l'injonction de déposer les comptes.

134. Position de la jurisprudence. Par quatre arrêts du 30 octobre 2012¹⁶⁷, dont la motivation est identique, la Cour d'appel de Douai est revenue sur l'utilité de la procédure de référé-injonction et réformée l'ordonnance du juge refusant la nomination d'un mandataire ad hoc afin de procéder au dépôt des comptes, sachant que « *l'absence de dépôt des comptes empêche toute analyse sérieuse de la situation d'une entreprise* ».

En l'espèce, le dirigeant de plusieurs sociétés d'un groupe avait été déjà poursuivi de ce chef en vue d'une condamnation au paiement d'une amende dans le cadre d'une mesure de composition pénale.

Toutefois, l'amende prévue étant limitée à 1 500 euros (contravention de 5^e catégorie, C. com., art. R. 247-3), hors cas de récidive, elle n'était nullement dissuasive. Il persistait donc dans son refus catégorique de déposer les comptes de ses entreprises en mettant en avant le secret des affaires ainsi que la confidentialité.

Le parquet engagea alors la procédure de référé-injonction aux fins de désigner un mandataire avec mission de procéder à ce dépôt en développant des moyens fondés sur plusieurs arguments qui sont la synthèse actuelle des dispositions légales sans compter les circulaires et dépêches de la chancellerie.

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle également que l'absence de dépôt des comptes sociaux est une infraction pénale qui doit être sanctionnée et qu'aucun argument, y compris celui du secret des affaires, ne saurait justifier la commission de cette infraction.

Dans un arrêt de la chambre criminelle du 28 janvier 2009¹⁶⁸, le Président Directeur Général d'une SA refusait de déposer les comptes de sa société pour éviter que ses concurrents n'obtiennent des informations sur la santé économique de son entreprise.

¹⁶⁷ CA Douai, ch. 2, sect. 2, 30 octobre 2012, RG n° 11/06221, CA Douai, 2e ch., sect. 2, 30 octobre 2012, RG n° 11/06220, CA Douai, 2e ch., sect. 2, 30 octobre 2012, RG n° 11/06219, CA Douai, 2e ch., sect. 2, 30 octobre 2012, RG n° 11/06211. ; P. RUBELLIN, « Vers une obligation pour le président de nommer un mandataire *ad hoc* chargé de déposer les comptes ? » : LEDEN, 15 janvier 2013 n° 1, P. 2 ; P. RUBELLIN, « Ne pas demander une procédure volontaire est-il constitutif d'une faute de gestion ? » : BJE, 01 mars 2013 n° 2, P. 74.

¹⁶⁸ Cass. crim., 28 janvier 2009, n° 08-80.884, n° 666, F-D. – C. DELATTRE, La réponse pénale au non dépôt des comptes sociaux : Rev. proc. coll. 2009, étude 24.

La chambre criminelle rejette le pourvoi du prévenu condamné après avoir relevé que ce dernier déclarait que les comptes annuels de sa société étaient régulièrement tenus et approuvés, puis énonçait qu'il avait reconnu à plusieurs reprises que, pour sauvegarder le secret des affaires, il n'avait publié aucun compte annuel.

L'obligation de dépôt des comptes et celle subséquente de déposer les comptes, malgré toutes les attaques dont elle fait l'objet demeure une réalité.

Le recours à la nomination d'un mandataire *ad hoc* demeure le meilleur moyen de lutter contre l'attitude récalcitrante des dirigeants.

Les conditions d'intervention du mandataire *ad hoc* en droit des sociétés sont donc le conflit d'intérêts mais également les autres situations de blocages susceptibles de se produire et nécessitant une solution rapide et efficace.

SECTION II. LA REPRÉSENTATION EN CAS DE LIQUIDATION JUDICIAIRE OU AMIABLE

135. Alors que la liquidation amiable est décidée par les associés, la liquidation judiciaire est décidée par le Tribunal de commerce.

Après la dissolution d'une société, pour quelques raisons que se soit, s'ouvre une phase de liquidation. Celle-ci est dite amiable lorsque la dissolution n'est pas due à une procédure de liquidation judiciaire. Dans la grande majorité des cas, le gérant est nommé liquidateur amiable. A ce titre, il devra payer l'intégralité des créanciers avant de clôturer les opérations de liquidation.

Sa responsabilité peut être engagée s'il clôture les opérations de liquidation alors que les dettes sociales n'ont pas encore été payées ou qu'il existe des actions sociales encore en cours ou des voies de recours intentées contre ces derniers. L'action en responsabilité étant dirigée contre la société, le liquidateur amiable qui n'est plus en fonction du fait de la clôture de la liquidation, il sera impératif de désigner un mandataire.

Ces tiers peuvent aussi agir contre la société notamment pour réclamer le paiement de leur dû ou afin de poursuivre les actions qu'ils ont intentées. Toutefois, le liquidateur amiable, représentant de la société liquidée ayant été démis de ses fonctions du fait de la publicité de clôture de la liquidation amiable, il sera impérieux, pour que ces actions aboutissent de nommer un mandataire *ad hoc* chargé de représenter la société liquidée.

136. La nomination d'un mandataire *ad hoc* intervient en cas de liquidation amiable d'une personne morale qui n'est plus représentée **(A)**.

En outre, lorsque l'associé d'une société fait lui-même l'objet d'une liquidation judiciaire, le liquidateur peut faire désigner un mandataire *ad hoc* mais ce dernier ne pourra exercer les droits liés à la qualité d'associé **(B)**.

§1. LA REPRÉSENTATION D'UNE SOCIÉTÉ LIQUIDÉE

137. Dans l'hypothèse où une société liquidée n'est plus représentée par le liquidateur, **un mandataire *ad hoc* doit être nommé pour la représenter devant les tribunaux, et auprès de l'administration fiscale.**

La mission du mandataire *ad hoc* peut consister à représenter une société liquidée, qui n'est justement plus représentée.

La liquidation de la société ouverte par la décision des associés de procéder à sa dissolution, a pour objet d'opérer le partage des actifs de la société entre ses associés.

La personnalité de la société est maintenue pour les besoins de la liquidation¹⁶⁹. La liquidation mettant fin aux fonctions des organes de direction (C. com., art. L. 237-15) un liquidateur représentera la société au cours des opérations (C. com., art. L. 237-24).

A la fin des opérations de liquidation, les associés sont réunis, pour statuer sur le compte définitif (C. com., art. L. 237-9), le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat. Ils constatent et votent alors la clôture de la liquidation.

Les comptes sont ensuite déposés au greffe du tribunal de commerce et l'avis de clôture de liquidation fait l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales avant que la société ne soit radiée du registre du commerce et des sociétés (C. com., art. R. 237-9).

Cette radiation fait perdre à la société sa personnalité juridique. La jurisprudence de la Cour de cassation juge, cependant, que la personnalité de la société demeure aussi longtemps que des droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés¹⁷⁰.

La clôture de la liquidation met fin au mandat du liquidateur qui n'a plus qualité pour représenter la société. La société devient une société « sans tête ».

Si les créanciers de l'entreprise ont la possibilité de faire rouvrir la liquidation si leur créance n'a pas été prise en compte, ils doivent alors demander à la juridiction compétente la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour représenter la

¹⁶⁹ Art. 1844-8 du Code civil ; Art. L. 237-9 du Code de commerce.

¹⁷⁰ Cass. com., 10 déc. 1996 : RJDA 2/1997, n° 212.

société¹⁷¹ et contre lequel ils dirigeront leur poursuite ou leur action en recouvrement.

Lorsque l'on clôture une liquidation amiable sans payer tous les créanciers, on peut ou bien faire nommer un mandataire ad hoc qui représentera la société pour payer cette dette, ou bien engager la responsabilité du liquidateur amiable qui a clôturé fautivement sans provisionner cette créance¹⁷².

138. Une jurisprudence abondante. A titre d'exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 mars 2009¹⁷³, reprend une solution, déjà consacrée¹⁷⁴ au sujet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif diligenté contre un débiteur en liquidation judiciaire.

En l'espèce, le liquidateur assigné ès qualité par le débiteur, avait fait connaître qu'il n'était plus en fonction par suite de la clôture de la liquidation judiciaire alors qu'il avait assigné en responsabilité pour insuffisance d'actif et était donc partie en première instance en tant que demandeur. Lors de la liquidation, le liquidateur avait assigné le débiteur en responsabilité pour insuffisance d'actif qui avait été condamné. Cependant la clôture de la liquidation a été prononcée entre temps et le débiteur interjetta appel contre le jugement.

Le raisonnement est d'ailleurs le même en cas de prononcé d'une clôture d'une liquidation judiciaire cette fois, un exemple, assez singulier, permet d'illustrer : un liquidateur avait fait condamner pour insuffisance d'actif un débiteur. La procédure de liquidation judiciaire a été clôturée, ce qui dessaisit le liquidateur. La clôture était sans doute hâtive, puisque le débiteur avait interjeté appel de la décision le condamnant.

Très logiquement, la Cour de cassation estime que, lorsqu'un dirigeant condamné en première instance responsabilité pour insuffisance d'actif interjetta appel après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, il convient de régulariser la procédure d'appel par la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

¹⁷¹ Cass. 2e civ., 24 janv. 2008, n° 07-10.748, JurisData n° 2008-042378 ; Bull. Joly Sociétés 2008, p. 388, note G. GIL.

¹⁷² Cass. com., 8 oct. 2013, n°12-24825, Gazette du Palais, 24 octobre 2013 n° 297, p. 24

¹⁷³ Cass. com., 24 mars 2009, pourvoi n° 07-21341, L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, 01 juin 2009 n° 3, P. 2.

¹⁷⁴ Cass. com., 5 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 160.

Solution désormais bien connue de la pratique, lors d'une procédure d'appel engagée contre le liquidateur après clôture pour insuffisance d'actif, ne peut se poursuivre que par la nomination d'un mandataire *ad hoc* qui représente le débiteur à la place du liquidateur qui n'y est plus habilité.

139. L'administration fiscale. La jurisprudence démontre le rôle prépondérant que peut jouer le mandataire *ad hoc* et l'importance de veiller à la régularité de la procédure de désignation par le président du tribunal. Sa mission s'étend également aux relations avec l'administration fiscale.

Le mandataire *ad hoc* peut représenter une société auprès de l'administration fiscale lorsque la vérification fiscale a lieu après clôture de la liquidation amiable.

Dans un arrêt du 2 juin 2010¹⁷⁵, le Conseil d'État a ainsi déterminé la personne ayant qualité pour représenter une société auprès de l'administration fiscale lorsque la vérification de comptabilité a lieu après sa dissolution.

En l'espèce, M. Turkmènian, associé, de la SARL, a été désigné liquidateur amiable par l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé la dissolution anticipée de cette société. La société a été radiée du registre du commerce.

En avril 1999, l'administration fiscale a procédé à une vérification de comptabilité de la société pour la période. Les opérations de contrôle ont été menées avec M. Turkmènian.

Elles ont conduit à la remise en cause du caractère probant de la comptabilité de l'entreprise et à la notification de divers redressements, assortis de pénalités pour mauvaise foi. Des rappels d'impôt sur les sociétés et d'imposition forfaitaire annuelle ont été mis en recouvrement.

Les impositions supplémentaires mises à la charge de la SARL ont été contestées au motif que l'avis de vérification et la notification de redressement avaient été adressés à M. Turkmènian, alors que son mandat de liquidateur avait pris fin à la date d'engagement des opérations de contrôle.

¹⁷⁵ CE, 8e et 3e ss-sect., 2 juin 2010, n° 322267, concl. N. ESCAUT : JurisData n° 2010-008311, Dr. fisc. 2010, n° 39 comm. 506 ; note N. CHAYVIALLE : RJF 2010, n° 817 ; BDCF 2010, n° 92.

M. Turkmènian se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel. Il a bien qualité pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt attaqué dès lors qu'il était partie en appel.

Dans l'arrêt attaqué, la cour a jugé que le vérificateur avait pu mener les opérations de contrôle avec le liquidateur amiable de la société malgré la clôture des opérations de liquidation.

M. Turkmènian reproche à la cour d'avoir ainsi commis une erreur de droit au motif que les fonctions de liquidateur prennent fin à la clôture des opérations de liquidation.

La jurisprudence constante en ce domaine, conduit à juger que lorsque l'administration fiscale engage une vérification de comptabilité après la clôture de la liquidation d'une société dissoute, elle doit saisir la juridiction compétente pour faire désigner un mandataire *ad hoc*.

Dés lors, si le Tribunal administratif puis la Cour administrative d'appel ont confirmé les impositions en estimant que la dissolution de la société et sa radiation du RCS n'avaient pas ôté à M. Turkmènian sa qualité pour représenter cette dernière¹⁷⁶, le Conseil d'État a censuré ce raisonnement pour erreur de droit.

Par sa décision, il pose pour principe qu'après la liquidation d'une société et sa radiation du RCS, son liquidateur amiable n'a plus qualité pour la représenter et qu'il appartient alors au vérificateur de conduire les opérations de contrôle avec un mandataire *ad hoc* de la société désigné en justice, au besoin à la demande du service.

140. Le Tribunal Administratif de Nancy, dans une décision du 27 sept. 2011¹⁷⁷, applique donc à une société de personnes, le principe selon lequel, après clôture des opérations de liquidation amiable et radiation du registre du commerce, une société civile ne peut être représentée que par un mandataire *ad hoc* désigné en justice, le cas échéant à la demande de l'Administration.

Le Tribunal, en l'espèce considère donc comme irrégulière la vérification de comptabilité engagée en vertu d'un avis de vérification notifié au seul liquidateur.

¹⁷⁶ TA Marseille, 12 sept. 2005, n° 01-531- CAA Marseille, 4 sept. 2008, n° 05MA02830.

¹⁷⁷ TA Nancy, 27, sept 2011, n° 0902443 : JurisData n° 2011-024664.

Le Tribunal administratif de Nancy, dans une autre affaire¹⁷⁸, en application du principe, précise qu'une requête dirigée contre les rappels de TVA mis à la charge de cette société est irrecevable dès lors qu'elle est présentée par l'ancien liquidateur et les anciens associés de la société qui ne disposent d'aucune qualité pour agir en son nom.

141. Une jurisprudence constante prévoit donc la nomination d'un mandataire *ad hoc* après la clôture des opérations de liquidation judiciaire ou amiable, afin de représenter la société liquidée.

La procédure de nomination doit être scrupuleusement respectée, à défaut la rétractation de la nomination du mandataire *ad hoc* anéantit rétroactivement les actes que ce dernier a effectués, ce qui peut avoir des conséquences désastreuses sur la procédure en cours et par voie de conséquence, sur les parties à cette procédure, comme cela a pu être démontré dans un arrêt récent¹⁷⁹.

La première chambre civile de la Cour de cassation énonce que la rétractation de la désignation du mandataire *ad hoc* de la société liquidée pour la représenter dans la procédure d'arbitrage emporte anéantissement rétroactif des actes faits par le mandataire *ad hoc* en cette qualité, au nombre desquels figure ici la nomination de l'arbitre¹⁸⁰.

Lorsque l'associé d'une société fait lui-même l'objet d'une liquidation judiciaire, le liquidateur peut faire désigner un mandataire *ad hoc*.

¹⁷⁸ TA Nancy, 1^{re} ch., 27 sept. 2011, n° 0902447 : JurisData n° 2011-024665.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-11.320 ; Leden, 01 mai 2013 n° 3, P. 171. P. B., « Remplacement du mandataire *ad hoc* qui a désigné l'arbitre ».

¹⁸⁰ La juridiction étatique du lieu du domicile du mandataire *ad hoc* est donc seule compétente pour connaître de l'action en nullité de cette désignation, à charge pour le tribunal arbitral d'en tirer toutes conséquences juridiques sur la régularité de sa composition.

§2. LE DÉSSAISSEMENT DU DÉBITEUR, LIQUIDATEUR JUDICIAIRE ET LA NOMINATION D'UN MANDATAIRE *AD HOC*

142. Une situation assez singulière témoigne d'un conflit d'intérêt pouvant conduire à la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

C'est le cas notamment sur lequel la jurisprudence¹⁸¹ a eu à statuer récemment lorsqu'un débiteur est aussi associé gérant d'une société in bonis. Si le débiteur associé est titulaire d'un important compte courant, il est de son intérêt de ne pas demander le remboursement de celui-ci. En revanche, le liquidateur de ce débiteur doit au retours s'employer à le faire pour que les sommes réintègrent l'actif de la procédure.

C'est la raison pour laquelle le liquidateur a demandé la désignation d'un mandataire *ad hoc* avec mission de tenir une assemblée générale des associés de la SCI afin de se prononcer sur la modification des statuts et sur l'obligation pour la société de rembourser les comptes-courants d'associés à première demande.

L'associé-gérant a opposé qu'en application de l'ancien article L. 622-9 du Code de commerce, devenu l'article L. 641-9 du Code de commerce, le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire n'emporte dessaisissement pour le débiteur que de l'administration et de la disposition de ses biens, à l'exclusion de l'exercice des droits attachés à la personne parmi lesquels il faisait figurer les droits attachés à la qualité d'associé et à celle de gérant.

Relevant, notamment, que le comportement de l'associé était l'expression d'une volonté délibérée d'entraver l'exercice normal de ses droits patrimoniaux par le liquidateur, les juges du fond avaient fait droit à cette demande, en précisant que la mission du mandataire *ad hoc* devait être limitée aux nécessités de l'exercice des droits patrimoniaux de l'associé.

¹⁸¹ Cour de cassation (com.) 18 octobre 2011, n° 10-19.647, Sté L7 c/ Raynaud ès qual. ; A. LIENHARD, obs. de l'arrêt, D. 2011. 2592 ; Bull. civ., IV, n° 163 ; BJS déc. 2011, p. 994, n° 547, note F.-X. LUCAS ; Dr. sociétés 2011, comm. n° 213, note H. HOVASSE ; Act. proc. coll. 2011, comm. n° 277, obs. J. VALLANSAN ; RJDA 01/11, n° 76 ; JCP E 2012, 1018, note C. LEBEL ; JCP N 2012, 1161, obs. J.-P. GARÇON.

Sur appel de l'ordonnance ayant refusé de rétracter la première ordonnance, la cour d'appel a confirmé la nomination du mandataire *ad hoc*, par des motifs nuancés en précisant que : « *La mission du mandataire ad hoc doit être limitée aux nécessités de l'exercice des droits patrimoniaux de l'associé en liquidation judiciaire. Cette mesure ne fait obstacle ni à l'exercice par ce dernier de son droit de vote d'associé, sous réserve qu'il ne porte pas sur des intérêts patrimoniaux, représentés par son liquidateur, ni à la poursuite de sa fonction de gérant de la SCI en dehors de la mission spéciale donnée au mandataire ad hoc* ».

La position de la cour d'appel, outre qu'elle aurait permis de faire rentrer dans l'actif de la procédure les sommes laissées par le débiteur à la disposition de sa société, était respectueuse de la limite de la sphère du dessaisissement, puisqu'elle avait bien restreint la mission du mandataire *ad hoc* dans la société civile aux nécessités de l'exercice des droits patrimoniaux du débiteur, lequel conserve son droit de vote, sous réserve qu'il ne porte pas sur ses propres intérêts patrimoniaux.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, par le biais d'un attendu de principe, casse l'arrêt de la cour d'appel pour violation des articles L. 641-9 du Code de commerce et 1844 du Code civil, en précisant que : « *en cas de mise en liquidation judiciaire de l'associé d'une société civile, le liquidateur de son patrimoine n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives* ».

Ainsi, le vote sur une modification des statuts est un droit personnel à l'associé. La Cour de cassation le rappelle en visant l'article 1844 du Code civil sur le droit des associés à participer aux décisions collectives. L'autorisation du retrait de sommes en compte courant d'associé est un pouvoir ès qualités que le gérant de la SCI tient des statuts. Or, la Cour de cassation a déjà jugé que le débiteur en liquidation judiciaire n'est pas dessaisi de son pouvoir de représentation de la société qu'il dirige¹⁸².

Les parts sociales de société civile, sont intégrées dans la catégorie des droits attachés à la personne. L'application faite en l'espèce de la qualification de droits

¹⁸² Cass. com., 27 nov. 2001 : Act. proc. coll. 2002-1, n° 12, obs. J. V. ; D. 2002, jurispr. p. 92, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2002, n° 5, obs. PH. PÉTEL ; Bull. Joly sociétés 2002-2, p. 213, § 44, note M. SÉNÉCHAL.

attachés à la personne aux droits liés à la qualité d'associé apparaît nouvelle en droit des sociétés. Elle a d'ailleurs été réitérée par une décision en 2012¹⁸³.

Qu'elle soit ou non associée, lorsqu'une personne est mise en liquidation judiciaire, elle n'est pas dessaisie de sa fonction de représentant légal de la société¹⁸⁴. Un mandataire *ad hoc* ne pouvait donc être désigné pour tenir une assemblée générale afin de se prononcer sur la modification des statuts et sur l'obligation pour la société de rembourser les comptes courants d'associés à première demande.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 juin 2012, convainc de la permanence de cette analyse qui veut que le liquidateur du gérant personnellement soumis à une procédure collective n'a pas qualité pour exercer les actions liées aux dites fonctions de gérant, qui concernent le patrimoine de la personne morale gérée.

Le fait d'être dessaisi par l'effet d'une procédure collective n'entraîne pour le débiteur aucune interdiction ni aucune incapacité.

Le dessaisissement qu'emporte la procédure collective du dirigeant social n'affecte que son propre patrimoine et pas celui de la société qu'il dirige et qu'il va donc pouvoir continuer à diriger en dépit des difficultés qu'il rencontre à titre personnel¹⁸⁵. Un mandataire *ad hoc* ne pourra donc être nommé pour diriger la société puisque la procédure n'affecte que le propre patrimoine du dirigeant social.

143. La diversité de leurs domaines d'intervention apporte une diversité de leurs statuts avec des spécificités qu'il faut préciser et qui ne permet pas actuellement de déterminer un statut commun du mandataire *ad hoc*.

¹⁸³ Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-19775 (n° F-PB) ; BJS, 01 octobre 2012 n° 10, P. 731, F.-X. LUCAS.

¹⁸⁴ Com. 27 nov. 2001, n° 97-22.086, D. 2002. 92, obs. A. LIENHARD ; Civ. 3e, 19 déc. 2007, n° 06-18.811, D. 2008. 159 ; AJDI 2008. 319 ; pour une position contraire, V. Bordeaux, 14 nov. 2002, Dr. sociétés 2004, n° 56, obs. F.-X. LUCAS.

¹⁸⁵ Cass. com., 27 nov. 2001, n° 97-22086 : Bull. civ., IV, n° 189 ; BJS févr. 2002, p. 212, n° 44, note M. SÉNÉCHAL ; D. 2002, AJ p. 92, obs. A. LIENHARD ; Act. proc. coll. 2002, comm. n° 12, obs. J. VALLANSAN ; Dr. sociétés 2002, comm. n° 24, obs. J.-P. LEGROS ; RD bancaire et financier 2002, n° 65, obs. F.-X. LUCAS ; JCP E 2002, p. 805, obs. P. PÉTEL – Cass. 3e civ., 19 déc. 2007, n° 06-18811 : BJS avr. 2008, p. 321, n° 69, note D. VOINOT ; D. 2008, AJ p. 159 ; Dr. sociétés 2008, comm. n° 75, obs. J.-P. LEGROS.

Ainsi, le mandataire *ad hoc* nommé pour mettre fin à une situation de crise ou protéger l'intérêt social contre un risque particulier dans une société se rapproche en beaucoup d'aspects du mandataire *ad hoc* du livre VI du Code de commerce. Son statut sera donc abordé lors de l'étude de ce dernier dans la deuxième partie.

Dans le cadre du mandat posthume ou du mandat de protection future, le mandataire n'intervient pas dans des hypothèses de conflit ou de blocage.

Cependant, relevant du droit successoral, il a paru opportun d'étudier l'ensemble des mandataires intervenant dans ce domaine du droit lors de l'étude de la spécificité des statuts des différents professionnels.

TITRE II.

LES DIFFERENTS STATUTS DU MANDATAIRE *AD HOC*

145. Le mandataire *ad hoc* joue un rôle de représentation. La représentation est un mécanisme permettant à une personne, le représentant, d'accomplir un acte juridique qui produira directement ses effets à l'égard d'une autre personne, le représenté¹⁸⁶.

Cette notion, inconnue du droit romain, s'est dégagée au fil du temps dans l'Ancien droit. Le Code civil reprend ce mécanisme à travers les textes consacrés notamment aux incapacités, mode de représentation légal, et au mandat, mode de représentation conventionnel¹⁸⁷.

146. Les nouveaux mandats qui ont fait leur entrée en droit de la famille renouent avec cette idée originelle qui veut que le mandant choisisse son représentant eu égard aux liens d'amitié et de confiance¹⁸⁸ qui les lient afin d'accomplir un acte juridique qui produira ses effets à l'égard du représenté (art. 477, al. 1 et 2 du Code civil) pour le mandat de protection future « *pour soi-même* », et à l'égard de tiers bénéficiaires, les héritiers dans le cas du mandat à effet posthume (art. 812 du Code civil), le mineur ou majeur incapable dans le cas du mandat de protection future « *pour autrui* » (art. 477, al. 3 du Code civil).

Le droit des successions et des libéralités est inséparable du droit de la famille dans la mesure où il régit, avec le droit des régimes matrimoniaux, les rapports patrimoniaux.

147. L'administrateur *ad hoc*, mandataire judiciaire, mandataire posthume ou autres, pourraient être nommés mandataire *ad hoc* car ils correspondent à la définition du mandataire *ad hoc*.

¹⁸⁶ V. M. STORCK, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, LGDJ, 1982 ; E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit privé français, Droits, 1982, p. 91 et s. ; PH. PÉTEL, La représentation, Rép. civ. Dalloz, 1993, n° 1.

¹⁸⁷ D'autres cas de représentation existent notamment la représentation judiciaire des absents (C. civ., art. 113) et des époux (C. civ., art. 219.) ou encore, la représentation des sociétés par leurs dirigeants même si certains auteurs discutent la simple qualité de représentant des dirigeants.

¹⁸⁸ Le principe de gratuité du mandat prévu à l'article 1986 du Code civil est d'ailleurs repris pour ces deux nouveaux dispositifs, v. C. civ., art. 419, al. 5 ; C. civ., art. 812-2.

148. En droit des mineurs. Un administrateur *ad hoc* peut être assimilé à un mandataire *ad hoc* dans la mesure où il est nommé par le juge, pour une mission ponctuelle que ce dernier précise dans son ordonnance, en vue de trouver une solution à une difficulté particulière dans une durée limitée. En d'autres termes, il est une personne, physique ou morale, désignée par un magistrat, qui se substitue aux administrateurs légaux, c'est-à-dire les parents, pour représenter leur enfant mineur dans une procédure en cours ou à l'occasion de la passation d'un acte.

L'administrateur *ad hoc* est un donc « *représentant judiciaire* », mandaté par un magistrat, alors que les parents qui exercent l'autorité parentale sont les « *représentants légaux* » de leur enfant mineur car ils détiennent ce pouvoir de par la loi.

Ce mécanisme de représentation de substitution présente le double caractère, d'une part, d'être limité dans le temps et dans sa portée et d'autre part subsidiaire, en ce sens qu'il a vocation à s'appliquer uniquement lorsque les représentants naturels, à savoir les parents, ne sont pas en mesure d'assurer pleinement cette fonction. L'administration «*ad hoc* » se distingue de la tutelle qui consiste à représenter une personne d'une manière continue dans les actes de la vie civile.

Le législateur a donc prévu le recours à un administrateur *ad hoc* lorsque les intérêts de l'enfant mineur apparaissent ou sont en opposition avec ceux de son ou ses représentants légaux, ou lorsque la protection des intérêts de l'enfant victime n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. Il a également prévu ce recours en cas d'absence de représentant légal accompagnant un mineur étranger lors de son entrée en zone d'attente ; lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français.

En raison de son incapacité d'exercice, le but recherché, en recourant à l'administration *ad hoc*, est de permettre au mineur d'accéder à la justice et de préserver ses intérêts.

Depuis plusieurs années, on assiste à une généralisation dans le sens où il y a extension manifeste du champ d'intervention de l'administrateur *ad hoc* et des possibilités de recourir au mécanisme de représentation « *ad hoc* ».

149. En droit des successions, la réforme issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (portant réforme des successions et des libéralités) favorise également la gestion de la succession par un mandataire désigné ou non par le juge pour une mission ponctuelle dans une durée limitée.

Dans cette matière, il existe trois sortes de mandat ayant pour objet l'administration de la succession : le mandat judiciaire, dans lequel le mandataire est désigné par le juge, le mandat à effet posthume, dans lequel il l'est par le futur défunt et le mandat conventionnel dans lequel le mandataire est institué par les héritiers eux-mêmes.

Le mandat conventionnel subsiste en tant que technique d'administration de la succession à côté du mandat à effet posthume et du mandat successoral judiciaire.

Cette possibilité de confier le règlement de la succession à une tierce personne existait déjà par le biais du droit commun du mandat. La loi du 23 juin 2006 l'organise expressément.

L'article 813 du Code civil énonce que les héritiers peuvent d'un commun accord convenir de confier à l'un d'eux ou à un tiers l'administration de la succession, sauf lorsque l'un d'eux a accepté la succession à concurrence de l'actif net.

Ce mandat conventionnel est soumis au droit commun du mandat¹⁸⁹.

Lorsqu'un héritier au moins a accepté la succession à concurrence de l'actif net, le mandataire ne peut, même avec l'accord de l'ensemble des héritiers, être désigné que par le juge. La demande est alors portée devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué qui statue par ordonnance sur requête (CPC art. 1379).

Le mandat est alors régi par les articles 813-1 à 814 du Code civil relatifs au mandataire successoral désigné en justice.

Cette règle s'explique eu égard à la spécificité de l'acceptation à concurrence de l'actif net et à la nécessaire prise en compte des intérêts des créanciers qu'elle implique.

Les conditions de forme et de fond du régime applicable au mandat conventionnel sont régies par les articles de droit commun du contrat de mandat.

¹⁸⁹ Code civil, art. 1984 à 2010.

150. Le mandataire successoral et l'administrateur *ad hoc*, même s'ils peuvent être assimilés au mandataire *ad hoc*, présentent des statuts dont la spécificité doit être mise en évidence.

En effet, le mode de désignation, la mise en œuvre de la procédure et les pouvoirs conférés aux mandataires sont différents selon leur domaine d'intervention.

Le mandat posthume et le mandat de protection future ont des caractéristiques qui leur sont propres et qui doivent également être abordées dans la présente étude.

Ces différents statuts de mandataires prévus par la loi sont donc intéressants en raison de leur originalité au regard des règles qui régissent le statut de mandataire *ad hoc* en matière de sauvegarde des entreprises dans la loi française.

La procédure sera contentieuse (**Chapitre 1**) dans le cadre du mandat judiciaire et de l'administrateur *ad hoc*, alors qu'elle sera gracieuse (**Chapitre 2**) dans le cadre du mandat posthume ou de protection future.

CHAPITRE I.

LA DÉSIGNATION PAR LE JUGE D'UN MANDATAIRE *AD HOC*

151. En matière successoral. Le législateur a progressivement apporté des modifications au régime général de l'indivision afin d'améliorer le processus décisionnel et éviter les blocages au sein d'une indivision et notamment dans une succession.

L'assouplissement des règles de fonctionnement de l'indivision a été amorcé par l'adoption de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

En effet, ce texte a modifié l'article 815-3 du Code civil pour permettre à une majorité d'indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis : d'effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; de donner un mandat général d'administration à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers ; de vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision.

Cette disposition constitue le prolongement de l'ancien article 826 qui permettait à la majorité des cohéritiers de vendre les meubles pour acquitter les dettes et charges de l'indivision ; de conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Cependant l'unanimité reste requise pour tout acte qui ne ressort pas à l'exploitation normale des biens indivis et tout acte de disposition autre que la vente des meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision (C. civ., art. 815-3).

Il n'avait pas semblé possible au législateur, au regard du risque de violation du droit de propriété garanti par la Constitution, de permettre à une majorité des deux tiers des indivisaires d'accomplir de tels actes.

En conséquence, par exemple, la vente d'un immeuble indivis nécessitait toujours une décision prise à l'unanimité des indivisaires.

L'article 6 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009¹⁹⁰ de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, a institué l'article 815-5-1 du Code civil dont l'objet est la simplification de la vente des biens indivis en cas de refus ou de silence d'un ou plusieurs indivisaires.

¹⁹⁰ Publiée au Journal Officiel du 13 mai 2009.

Ainsi, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis.

Sous l'empire de la législation antérieure, une telle vente ne pouvait intervenir qu'avec l'accord unanime des indivisaires.

L'innovation tient donc à ce que la vente des biens à la majorité des deux tiers des droits indivis, prévue par la loi du 23 juin 2006 mais seulement pour les biens meubles, se trouve étendue désormais aux biens immeubles ainsi qu'aux modalités selon lesquelles elle peut être provoquée.

Les biens meubles et immeubles, pourront ainsi être vendus à la majorité des deux tiers des droits, ce qui est supposé avoir la vertu d'éviter le blocage des indivisions du fait d'un seul indivisaire, la règle de l'unanimité qui prévalait en matière immobilière jusque-là conduisant à ce blocage.

152. Les règles relatives à la gestion des biens indivis sont ainsi assouplies et surtout le recours au mandataire est facilité pour débloquer l'indivision.

Ainsi, pour sauver l'intérêt commun mis en péril par le refus d'un indivisaire, l'article 815-5 du Code civil indique qu'un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. Néanmoins, cette autorisation judiciaire n'a pas pour objet de suppléer une volonté défaillante mais de trancher un différend.

L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut. L'autorisation du juge aura un sens important pour une mise à disposition de fonds par exemple.

En effet, tout héritier qui autoriserait une mise à disposition pourrait être considéré comme ayant accepté tacitement la succession de façon irréversible et donc de devoir payer les dettes successorales.

C'est souvent pour cette raison, que ce dernier restera inerte, ce qui contraindra le ou les autres héritiers à se faire autoriser par le juge, de récupérer des fonds

pour faire face aux besoins urgents de la succession, voire de sommer l'indivisaire d'opter dans la succession¹⁹¹.

153. La nomination d'un représentant. Le législateur a prévu un autre cas d'intervention judiciaire dans l'indivision. Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'article 815-4 du Code civil précise que : « (...), un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge. A défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un indivisaire en représentation d'un autre ont effet à l'égard de celui-ci, suivant les règles de la gestion d'affaires. »

Selon l'article 814 du Code civil, le juge peut aussi désigner un mandataire successoral, investi de pouvoirs l'autorisant à réaliser les actes de disposition nécessaires à la bonne administration de la succession.

Pour toutes mesures urgentes d'administration ou de disposition dans l'intérêt commun, en vertu de l'article 815-6 du Code civil, le président du tribunal de grande instance peut également prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun, y compris ordonner la vente de titres pour payer les frais de partage¹⁹².

154. Ainsi, en cas de mésentente des héritiers, de carence ou de faute de l'un d'entre eux dans l'administration de la succession, un mandataire successoral peut être désigné par le tribunal pour administrer la succession.

Les pouvoirs du mandataire ainsi désigné sont fixés par le juge. Ils sont en principe limités à la gestion et à l'administration de la succession et notamment le fait de percevoir les fruits, et de payer les créanciers....

Le mandataire est placé sous le double contrôle des héritiers et du président du tribunal de grande instance à qui il doit rendre compte de sa mission.

¹⁹¹ 1^{ère} Civ. 12 mai 2010, pourvoi n° 09-65.362, cass : *"tout indivisaire est en droit de faire cesser les actes accomplis par un autre indivisaire, qui ne respectent pas la destination de l'immeuble ou qui portent atteinte à leurs droits égaux et concurrents sur la chose indivise et d'agir à cet effet, ainsi que pour obtenir réparation du préjudice consécutif aux dits actes, sans attendre le partage."*

¹⁹² Cass. 1^{ère} civ., 16/02/1988 : Bull. civ. I, n°45.

155. De même, **le recours à un administrateur *ad hoc*** sera envisagé lorsque les intérêts de l'enfant mineur apparaissent ou sont en opposition avec ceux de son ou ses représentants légaux, ou lorsque la protection des intérêts de l'enfant victime n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux, mais également en cas d'absence de représentant légal accompagnant un mineur étranger lors de son entrée en zone d'attente ; lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français.

Le cadre juridique d'intervention de l'administrateur *ad hoc* est celui de la protection des intérêts du mineur non émancipé, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, dans toutes les procédures contentieuses ou à l'occasion d'un acte extrajudiciaire.

Le système actuel est cependant hétérogène. Plusieurs textes très différents peuvent fonder la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Certains, spécifiques à un domaine particulier ont une portée restreinte alors que les autres au contraire, par leur portée générale, peuvent trouver application dans différentes situations.

La coexistence de ces textes généraux et d'exceptions entraîne d'autres conséquences telles que la variabilité du contenu du mandat.

Il convient donc d'aborder, respectivement, la spécificité du statut du mandataire judiciaire successoral (**Section I**) puis de l'administrateur *ad hoc* (**Section II**).

SECTION I. LE MANDAT JUDICIAIRE SUCCESSORAL

156. L'article 813-1 du Code civil permet au juge de désigner un mandataire « à l'effet d'administrer provisoirement la succession en raison de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale ».

En cas d'indivision successorale, la désignation judiciaire d'un mandataire est également possible sur le fondement de l'article 815-6 du Code civil, lorsqu'un indivisaire est hors d'état de manifester sa volonté ou en cas de blocage du processus de décision.

Le mandataire judiciaire agit sous réserve des pouvoirs qui peuvent être conférés à l'administrateur de l'indivision, au mandataire posthume ou encore à l'exécuteur testamentaire (C. civ., art. 813-2).

157. L'article 815-6 du Code civil¹⁹³ consacre la compétence du président du tribunal de grande instance pour ce faire, lequel :

« peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun.

Il peut, notamment, autoriser un indivisaire à percevoir des débiteurs de l'indivision ou des dépositaires de fonds indivis une provision destinée à faire face aux besoins urgents, en prescrivant, au besoin, les conditions de l'emploi. Cette autorisation n'entraîne pas prise de qualité pour le conjoint survivant ou pour l'héritier.

Il peut également soit désigner un indivisaire comme administrateur en l'obligeant s'il y a lieu à donner caution, soit nommer un séquestre. Les articles 1873-5 à 1873-9 du présent code s'appliquent en tant que de raison aux pouvoirs et aux obligations de l'administrateur, s'ils ne sont autrement définis par le juge ».

¹⁹³ Modifié par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, art. 2 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 octobre 2004¹⁹⁴ précise que, lorsque le président du tribunal de grande instance, saisi sur le fondement de l'article 815-6, définit les pouvoirs de l'administrateur, les articles 1873-5 à 1873-9 ne s'appliquent pas.

En effet aux termes de l'article 815-6 du Code civil, le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun de l'indivision.

Il peut notamment désigner un indivisaire ou une autre personne comme administrateur.

Dans l'affaire précitée, une ordonnance de référé avait désigné un administrateur afin de prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une indivision post-communautaire.

Parmi ces mesures, le juge avait autorisé l'administrateur à prendre toutes les mesures utiles pour mettre en valeur des terres indivises comme par exemple la conclusion d'un bail rural.

L'un des indivisaires a contesté cette ordonnance en ce qu'elle conférait à l'administrateur le pouvoir de conclure des contrats de location sur des terres indivises.

La Haute juridiction rappelle que l'article 815-5 du Code civil n'exclut pas la faculté pour le président du tribunal de grande instance saisi sur le fondement de l'article 815-6 de donner à l'administrateur qu'il désigne le pouvoir de conclure un bail rural.

Cet article interdit au juge d'ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier.

Le juge pouvait donc autoriser un indivisaire, nommé administrateur, à passer seul un acte tel qu'un bail rural pour lequel le consentement des autres indivisaires serait nécessaire dans la mesure où le refus de l'un des co-indivisaires mettrait en péril l'intérêt commun constitué par la mise en valeur des terres.

La Cour de cassation ajoute que seule la désignation de l'administrateur, prescrite en application de l'article 815-6 du Code civil est soumise aux conditions

¹⁹⁴ Civ. 1re, 19 oct. 2004, n° 02-11.366, Bull. civ. I, n° 226 ; JCP 2005. I. 119, n° 3, obs. H. PÉRINET-MARQUET.

prévues par ce texte, à l'exclusion des actes conclus par l'administrateur en vertu de ses pouvoirs et obligations. Elle distingue en réalité le fait de désigner un administrateur en cas d'urgence pour sauvegarder l'intérêt commun de l'indivision, et celui de déterminer le régime des actes que pourra passer l'administrateur.

Enfin l'article 815-6 du Code civil *in fine* indique que les articles 1873-5 à 1873-9 du même code (régime du gérant de l'indivision conventionnelle) s'appliquent en tant que de raison aux pouvoirs et aux obligations de l'administrateur, s'ils ne sont autrement définis par le juge.

Or, précisément, le président du tribunal de grande instance avait dans son ordonnance de référé défini les pouvoirs de l'administrateur notamment en l'autorisant à conclure des baux ruraux.

Dès lors les conditions tenant à l'urgence et à la sauvegarde de l'intérêt commun n'étaient pas requises pour valider l'acte conclu par l'administrateur au nom de l'indivision.

Le juge, en définissant les actes que peut passer l'administrateur désigné afin de sauvegarder l'intérêt commun de l'indivision qui est en péril, souhaite faciliter la conclusion rapide d'actes matériels ou juridiques qui sont indispensables.

L'intérêt collectif de l'indivision dépasse la somme des intérêts individuels qui la compose.

Le président du tribunal de grande instance peut donc nommer un indivisaire comme administrateur et définir ses pouvoirs, ce qui le rapproche du mandataire *ad hoc*.

158. Lorsque ni un mandat à effet posthume, ni un mandat conventionnel n'ont été prévus ou ne sont possibles, il peut exister des situations de blocage auxquelles la désignation d'un mandataire successoral en justice peut remédier.

Cette faculté est la consécration législative d'un mécanisme juridique initialement dégagé par la jurisprudence¹⁹⁵.

La possibilité de nommer en justice un mandataire, personne physique ou morale, ayant pour mission d'administrer provisoirement la succession, est aujourd'hui

¹⁹⁵ Req. 15 avr. 1924, DP 1924. 1. 169, note SAVATIER. - Plus récemment : Civ. 1re, 17 janv. 2006, n° 04-11.267, Bull. civ. I, n° 24.

expressément organisée par les articles 813-1 et suivants du Code civil, textes issus de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006¹⁹⁶ qui le règlementent de façon spécifique.

Il convient d'étudier successivement la désignation d'un mandataire *ad hoc* (§ 1) puis en dégager par la suite sa mission (§ 2).

§1. LA DÉSIGNATION DU MANDATAIRE

159. Les personnes habilitées. La désignation d'un mandataire successoral peut être demandée en justice par toute personne qui peut y avoir intérêt.

L'article 813-1 alinéa 2 du Code civil précise ainsi qu'il peut s'agir, d'un héritier, d'un créancier, de toute personne assurant pour le compte de la personne décédée l'administration de la succession, enfin par le ministère public lequel pourra être saisi par le notaire.

La demande de désignation d'un mandataire appartient donc à tout intéressé et non plus seulement aux héritiers, le but étant de laisser notamment au créancier la possibilité d'agir afin de se prémunir contre une dégradation du patrimoine successoral, assiette de sa créance (C. civ., art. 813-1, al. 2).

De plus, en le cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, il est prévu que l'héritier puisse bénéficier de cette faculté, en particulier s'il souhaite se décharger de l'administration de la succession (Code civil, art. 814-1). Le juge a alors obligation de procéder à la désignation du mandataire successoral. En revanche, il n'est pas tenu de nommer le mandataire proposé par l'héritier¹⁹⁷.

160. Le choix du mandataire. Il appartient au juge de choisir le mandataire, personne physique ou morale.

¹⁹⁶ GIL, Du mandataire successoral désigné en justice, RLDC 2007/44, n° 2880.

¹⁹⁷ Rapport N° 2850, p. 185 et p. 188.

Le texte précise que la personne doit être qualifiée ce qui suppose une compétence établie pour administrer et liquider la succession et variera selon les caractéristiques particulières de la succession, l'existence ou non d'une entreprise, la présence de collection d'art....

En l'absence de toute autre précision, l'on doit admettre que le juge dispose d'une grande latitude pouvant nommer un héritier ou un tiers, voire une personne qui lui est proposée par le demandeur.

En outre, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer tant la rémunération que la durée de la mission du mandataire qu'il doit pouvoir proroger si les circonstances l'exigent (C. civ., art. 813-9).

161. Les hypothèses nécessitant la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

D'une façon générale, la désignation d'un mandataire se justifie par son utilité pour l'administration de la succession qui, à défaut, ne réaliserait pas son objectif.

L'article 813-1 du Code civil énumère, sans être exhaustif, plusieurs cas dont l'inertie et la carence de l'héritier, la mésentente entre héritiers¹⁹⁸ laquelle peut expliquer qu'ils n'ont pu se mettre d'accord sur un mandataire, l'opposition d'intérêts et la complexité de la succession.

Cette dernière hypothèse recouvre les situations les plus variées, et laisse au juge un grand pouvoir d'appréciation.

À ce motif général tiré de la nécessité de conduire une administration efficace de la succession, s'ajoute le cas particulier où l'héritier, acceptant à concurrence de l'actif net, n'entend pas assumer la charge corrélative, soit le passif.

Bien que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au bien-fondé de la demande de désignation, lorsqu'elle émane d'un héritier ayant accepté à concurrence de l'actif net, il doit faire droit à la demande.

Cette dernière hypothèse n'est pas sans incidence sur les pouvoirs dont dispose l'administrateur.

La nomination pourra intervenir en cas de blocage du règlement de la succession. Le souci d'optimiser l'efficacité économique de la masse successorale est donc présent.

¹⁹⁸ Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 2, 14 Février 2013 - n° 12/09172.

162. Formalités de désignation du mandataire. La demande en désignation est portée devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué au moyen d'une requête.

L'opposabilité aux tiers et en particulier des créanciers est conditionnée à un enregistrement fait au greffe du tribunal de grande instance dans le mois qui suit la nomination, sur le registre tenu pour recueillir les déclarations d'acceptation à concurrence de l'actif net et les décisions de désignation des mandataires successoraux¹⁹⁹. De surcroît une publicité à la diligence du mandataire, au bulletin des annonces civiles et commerciales par voie électronique²⁰⁰, sont prévus.

Ces formalités sont faites conformément aux prescriptions de l'article 1355 du Code de procédure civile²⁰¹.

Par ailleurs, le président du tribunal de grande instance ou son délégué peut, par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours, ordonner que la publicité soit complétée par une insertion dans un journal d'annonces légales diffusé dans le ressort du tribunal (CPC., art. 1335, al. 2).

Les frais de publicité sont à la charge de la succession.

163. Durée de la mission. Le jugement fixe la durée de la mission du mandataire qui peut être prorogée. Elle prend fin de plein droit par l'arrivée du terme, la signature d'une convention d'indivision entre les héritiers (sous réserve qu'elle

¹⁹⁹ V. Arr. min. Justice du 9 nov. 2009, sous l'article 1335 du code de procédure civile Dalloz.

²⁰⁰ sur le site www.bodacc.fr. - V. Décr. N° 2009-1366 du 9 nov. 2009, art. 2, et Arr. min. Justice du 9 nov. 2009, préc.

²⁰¹ D. Boulanger, « Déclaration de renonciation à succession et mandataire successoral désigné en justice », JCP N 2009. 739. L'article 1355 du CPC précise que : « *L'enregistrement prévu à l'article 813-3 du code civil est fait au greffe du tribunal de grande instance dans le mois qui suit la nomination, sur le registre mentionné à l'article 1334. La décision de nomination est publiée à la requête du mandataire par voie électronique au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, selon des modalités définies par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. S'il y a lieu, le président du tribunal de grande instance ou son délégué peut, par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours, ordonner que la publicité soit complétée par une insertion dans un journal d'annonces légales diffusé dans le ressort du tribunal. Les frais de publicité sont à la charge de la succession* ».

porte sur l'ensemble de l'actif successoral et que tous les héritiers l'aient signée) ou la signature de l'acte de partage.

Le juge peut également mettre fin à la mission du mandataire en cas de « *manquement caractérisé* » de celui-ci. Par ailleurs, à la demande de toute personne intéressée ou du Ministère public, le juge peut dessaisir le mandataire successoral de sa mission en cas de manquement caractérisé dans l'exercice de celle-ci. Il désigne alors un autre mandataire successoral, pour une durée qu'il définit (C. civ., art. 813-7).

§2. LA MISSION DU MANDATAIRE

164. Une mission de représentation. Le mandataire exerce ses fonctions dans la limite qui lui a été assignée par le juge. Sous réserve des pouvoirs qui lui seraient expressément attribués par le juge, le mandataire « *représente l'ensemble des héritiers pour les actes de la vie civile et en justice* » (C. civ., art. 813-5)

Cette fonction de représentation s'étend même au cas où parmi les héritiers, certains seraient incapables et feraient l'objet d'une protection.

165. Des pouvoirs restreints lorsqu'aucun héritier n'a accepté la succession. Le mandataire dispose de pouvoirs assez larges, notamment ceux de convoquer et entendre les héritiers. Le paiement fait entre ses mains est libératoire, et il peut accomplir tous les actes nécessaires à l'accomplissement de sa mission d'administration.

Il s'agit alors de tous les actes d'administration provisoire, actes conservatoires ou de surveillance (C. civ., art. 813-4) qui peuvent être accomplis par le successible sans emporter l'acceptation de la succession, étant donc exclus les actes qui doivent être expressément autorisés par le juge tels que précisés à l'article 784 du Code civil.

Ce principe s'applique lorsque, hypothèse la plus fréquente, aucun héritier n'a accepté la succession.

Ces pouvoirs peuvent paraître restreints. C'est la raison pour laquelle le juge peut également autoriser tout acte que requiert l'intérêt de la succession. Le souci de bonne gestion de la masse successorale se manifeste une fois de plus.

Le juge a donc toute latitude pour fixer l'étendue de la mission du mandataire²⁰².

Aussi peut-il l'autoriser à faire l'inventaire ou accomplir tout acte que requiert l'intérêt de la succession, le cas échéant un acte de disposition, et à dresser un inventaire dans les formes, c'est-à-dire par notaire, commissaire-priseur judiciaire ou huissier de justice, ou le demander d'office.

Une telle demande est alors portée devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué qui statue dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du CPC, c'est-à-dire par ordonnance sur requête.

166. Des pouvoirs plus larges en cas d'acceptation de la succession. Dès lors qu'un héritier a accepté la succession, purement et simplement ou à concurrence de l'actif net, le juge peut autoriser le mandataire à exercer une mission générale d'administration, voire accomplir les actes de disposition justifiés par l'administration de la succession. Il fixe alors les prix et conditions des actes de dispositions (C. civ., art. 814).

Le mandataire dispose alors des pouvoirs les plus larges pour administrer et liquider la succession au lieu et place de l'héritier (C. civ., art. 814-1).

Il représente un héritier qui dispose de ses pouvoirs et a précisément voulu s'en décharger.

Ainsi la désignation d'un mandataire en justice implique, en raison de l'objet même de la demande et afin de favoriser la réussite de la mission, le dessaisissement des héritiers représentés contrairement au mandataire *ad hoc* du Livre 6 du Code de commerce et au mandataire *ad hoc* hors procédures collectives. La mission de représentation de ces derniers est limitée et ils n'ont aucun pouvoir d'administrer.

De plus, le mandataire successoral, contrairement aux mandataire *ad hoc*, hors ou dans les procédures collectives, exerce un pouvoir que l'on peut qualifier de subsidiaire au sens où il ne peut s'accomplir que sous réserve de pouvoirs

²⁰² Cour d'appel, Pau, 11 Décembre 2012 - n° 12/01516, 12/01518, 12/ 4990.

attribués à d'autres : exécuteur testamentaire²⁰³, mandataire à effet posthume, ou administrateur judiciaire nommé dans l'intérêt de l'indivision (C. civ., art. 815-6). Dans toutes ces hypothèses, le mandataire ne pourra avoir que des pouvoirs limités.

167. Contrôle du mandataire. Le mandataire doit rendre des comptes aux héritiers et au juge chaque année et à la fin de sa mission. À cette occasion, il établit un rapport sur l'exécution de sa mission. En outre, les héritiers peuvent à tout moment demander communication de documents concernant l'administration de la succession.

Le président du tribunal de grande instance peut d'office ou sur demande des héritiers, convoquer le mandataire et lui adresser des injonctions (C. pr. civ., art. 1357).

168. Fin du mandat. En cas de manquement du mandataire à ses obligations, il peut être dessaisi à la demande de tout intéressé ou du ministère public. Il s'agit là d'une hypothèse relativement grave et le juge doit donc constater un « *manquement caractérisé dans l'exercice* » des fonctions du mandataire (C. civ., art. 813-7).

S'il démet le mandataire de ses fonctions, le juge en désigne un autre dans les mêmes conditions que celles posées par l'article 813-1.

La fin du mandat successoral peut intervenir pour de multiples raisons.

D'une part, la mission du mandataire s'achève par l'exécution complète de son but (C. civ., art. 813-9) ou par l'arrivée du terme prévu par le juge. Elle cesse également si une convention d'indivision est conclue entre les héritiers, ou si un

²⁰³ L'exécuteur testamentaire est une personne que le testateur « nomme pour veiller ou procéder à l'exécution de ses volontés » (C. civ., art. 1025). un ami en lequel il a une confiance particulière et dont il connaît l'autorité morale sur ses successeurs ; un professionnel dont il apprécie la compétence, tel un notaire ou un avocat qu'il sait apte à dénouer la complexité juridique du règlement successoral, ou encore un expert qu'il sait habile à donner des estimations délicates, d'immeubles, entreprises ou oeuvres d'art. Il peut en désigner plusieurs (C. civ., art. 1025) : un ami, pour son autorité sur les héritiers ; un professionnel, pour sa connaissance du patrimoine. Le testateur peut élargir la mission de l'exécuteur et accroître ses pouvoirs à cette fin : il peut le charger, non pas simplement de « veiller » à l'exécution du testament, mais d'y « procéder » lui-même (C. civ., art. 1025), et corrélativement l'« habilitier » à accomplir les actes nécessaires à cette exécution, tels la vente de biens héréditaires (C. civ., art. 1030 et 1030-1).

acte de partage est signé. Enfin, elle prend fin par la renonciation du mandataire ou par son dessaisissement à titre de sanction de son comportement.

SECTION II. L'ADMINISTRATEUR *AD HOC* DANS LE DROIT DES MINEURS

169. L'administrateur *ad hoc* est une personne physique ou morale, désignée par un magistrat, qui se substitue aux administrateurs légaux, c'est-à-dire les parents, pour représenter leur enfant mineur dans une procédure en cours ou à l'occasion d'un acte.

Il appartient au juge de fixer la mission de l'administrateur *ad hoc*.

L'habilitation donnée par le juge est spéciale, en vue de la représentation du mineur dans une procédure donnée. Elle est limitée à ce que commande la divergence d'intérêts constatée²⁰⁴.

Cependant, le décret n° 99-818 du 16 septembre 1999²⁰⁵ a doté l'administrateur *ad hoc* d'un statut économique mais il ne lui a pas conféré de statut juridique dans la mesure où il a uniquement précisé le profil de l'administrateur *ad hoc* et arrêté les modalités de constitution des listes d'administrateurs *ad hoc*.

Il est le seul représentant exceptionnel du mineur ayant pour mission d'exercer les droits de celui-ci et de protéger ses intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

La coexistence de textes généraux et d'exceptions qui servent de fondement à la désignation d'un administrateur *ad hoc* (§1), entraîne la variabilité du contenu et de la portée du mandat (§2).

§ 1. LE CADRE JURIDIQUE DE LA DÉSIGNATION DE L'ADMINISTRATEUR *AD HOC*

170. L'administrateur *ad hoc* va assurer la protection des intérêts du mineur non émancipé dans trois situations précises. Trois types de mandats sont ainsi confiés

²⁰⁴ CA Riom, 4 juill. 2001 : JurisData n° 2001-149015 - Sur les responsabilités encourues au titre de cette mission : TH. FOSSIER, La responsabilité dans la protection de l'enfance : le cas de l'administrateur *ad hoc* : Gaz. Pal. 2002, 1, doct. p. 64.

²⁰⁵ Décret n° 99-818 du 16 septembre 1999 art. 7 Journal Officiel du 19 septembre 1999.

à l'administrateur *ad hoc*. Un mandat civil, un mandat pénal et enfin un mandat administratif.

Il peut se substituer à l'administrateur légal. Il peut également intervenir dans les cas où le mineur ne peut exercer personnellement des droits dont il est titulaire. Enfin, il pourra intervenir si un mineur étranger isolé n'est pas accompagné d'un représentant légal lors de son arrivée sur le territoire ou à l'occasion d'une demande d'asile présentée en préfecture.

Le champ d'intervention de l'administrateur *ad hoc* est donc étendu (**A**) et les modalités de désignation varieront en fonction de son domaine (**B**).

A. Les divers fondements juridiques de la désignation

171. En matière civile. L'article 389-3 du Code civil précise que l'administrateur *ad hoc* représente le mineur dans « *tous les actes civils* » lorsque les intérêts du représentant légal sont en opposition avec ceux du mineur.

Une interprétation extensive retenue par la Cour de cassation a confirmé que cet article pouvait être appliqué à des actes patrimoniaux et extra patrimoniaux.

L'article 388-2 prévoit qu'un administrateur *ad hoc* peut être désigné « lorsque dans une procédure, les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux ».

Cette notion d'apparence d'opposition d'intérêts est subjective et est soumise à l'appréciation des magistrats, la Cour de cassation exerçant un pouvoir de contrôle sur la qualification des faits.

Cependant, l'article 388-2 exige qu'une procédure soit en cours et déjà engagée. Une circulaire du 3 mars 1993 relative à la famille et aux droits de l'enfant, a donné à cet article une portée générale, la représentation du mineur en justice²⁰⁶.

²⁰⁶ Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant

Dès lors, le mineur n'a pas à avoir la qualité de partie à la procédure pour que l'article 388-2 soit applicable puisque la représentation *ad hoc* a pour objectif même de conférer au mineur la qualité de partie.

Cette position permet d'harmoniser la solution civile avec la disposition pénale qui n'exige pas la constitution de partie civile du mineur pour pouvoir lui désigner un administrateur *ad hoc*.

172. En matière pénale, l'administrateur *ad hoc* est nommé sur le fondement de l'article 706-50 du Code de procédure pénale, créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, qui exige que les juges soient saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur et que la protection des intérêts de celui-ci ne soit pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux.

La loi précitée a abrogé l'article 87-1 du Code de procédure pénale qui prévoyait la désignation d'un administrateur *ad hoc* en cas de faits commis volontairement à l'encontre d'un enfant mineur par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par l'un d'entre eux.

L'article 706-50 reprend donc les dispositions de l'article 87-1. Néanmoins, il a été déplacé dans un nouveau titre intitulé « *de la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes* ». Une circulaire du ministère de la justice du 20 avril 1999²⁰⁷, a par ailleurs, limité cet article aux cas d'infractions sexuelles.

Mais certaines juridictions continuent à appliquer cet article aux faits de maltraitance physique.

Les faits visés par l'article 706-50 concernent donc les enfants victimes de mauvais traitements et non pas les mineurs en dangers pour lesquels il existe un risque. Il ne peut s'agir non plus d'infractions d'omission, d'imprudence, de négligence ou d'atteinte morale. Les magistrats doivent également constater que les intérêts du mineur ne sont pas complètement assurés par ses représentants légaux.

²⁰⁷ Circulaire relative à l'enregistrement audiovisuel ou sonore de l'audition des mineurs victimes d'infractions sexuelles.

Si ces derniers sont les auteurs des faits ou s'ils s'abstiennent d'exercer les droits reconnus à la partie civile, la désignation semble obligatoire.

Cependant, les juges d'instruction procèdent souvent à la désignation d'un administrateur *ad hoc* en dépit de la constitution de partie civile du parent. Mais, ce dernier pourra toujours faire appel de cette décision.

La décision de désignation relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond qui devront toutefois la justifier et la motiver.

En outre, la loi du 10 février 2010 a modifié l'article 706-50 en ajoutant un alinéa qui prévoit que « *lorsque les faits sont qualifiés d'incestueux, la désignation de l'administrateur ad hoc est obligatoire, sauf décision spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction* ».

En matière pénale, les juges peuvent également recourir à l'article 388-2 du Code civil qui exige une opposition d'intérêts. La chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé cette possibilité dans un arrêt du 25 octobre 2005²⁰⁸.

Cet article a donc une portée générale, et peut être invoqué pour désigner un administrateur *ad hoc* dans le cadre d'une procédure pénale, soit par les juges pénaux saisis de l'instance, soit par le juge des tutelles notamment lorsque les conditions exigées par le texte pénal ne sont pas réunies.

173. En matière administrative. L'administrateur *ad hoc* sera désigné sur le fondement des articles L 221-5²⁰⁹ et L 751-12²¹⁰ du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile²¹¹.

Tout mineur étranger peut ainsi solliciter l'asile sans limite d'âge, personnellement, sans avoir besoin d'avoir recours à un administrateur *ad hoc*. Il s'agit d'un droit propre à l'enfant. Néanmoins, l'administrateur *ad hoc* sera compétent pour former

²⁰⁸ Cass, 1e civ, 25 oct. 2005 : Bull. civ. 2005, I, n° 390 ; Rapp. C. cass. pour 2005, p. 218 ; D. 2005, inf. rap. p. 2825, obs. J. GIRAULT ; JCP G 2005, I, 199, n° 12, obs. Th. FOSSIER ; Defrénois 2006, p. 350, obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal. 2005, 2, p. 4131, concl. Sainte-Rose ; Dr. famille 2006, comm. 77, note A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2006, p. 103, obs. J. HAUSER.

²⁰⁹ Désignation d'un administrateur *ad hoc* lorsque le mineur n'est pas accompagné et n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français.

²¹⁰ Désignation de l'administrateur *ad hoc* lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur étranger dans le but d'obtenir le statut de réfugié.

²¹¹ Désignation de l'administrateur *ad hoc* lorsqu'une demande d'asile est formée par un mineur étranger dans le but d'obtenir le statut de réfugié.

le recours contre l'éventuelle décision de refus de la demande devant le Cour nationale du droit d'asile.

Ces deux mandats administratifs sont également susceptibles de se cumuler dans l'hypothèse où le mineur formule une demande d'asile lors de son placement en zone d'attente²¹².

B. La désignation de l'administrateur *ad hoc*

174. La loi de 1993 a remédié au risque d'inertie du représentant légal (seul auparavant à pouvoir saisir le juge des tutelles) en multipliant le nombre de personnes susceptibles de solliciter la désignation d'un administrateur *ad hoc* (1).

Dans le cas particulier des mineurs étrangers isolés, la décision de désignation d'un administrateur *ad hoc* ne pourra être prise que par le Procureur de la République.

Le choix de l'administrateur *ad hoc* dépend donc de la nature de la procédure engagée et du texte permettant la désignation (2).

1. Les personnes habilitées à demander la désignation

175. En matière civile. Les magistrats habilités par le Code civil à désigner l'administrateur *ad hoc* sont le juge des tutelles et le juge saisi de l'instance, qui peuvent le faire d'office.

²¹² Mais rien ne semble avoir été prévu concernant la représentation des mineurs déjà présents sur le territoire qui ne demandent pas l'asile. Les articles 389-3 et 388-2 du Code civil ne semblent pas pouvoir leur être appliqués. Une extension de la désignation de l'administrateur *ad hoc* à tous les mineurs étrangers isolés apparaît donc souhaitable.

L'article 389-3, alinéa 2 du Code civil permet également au ministère public et au mineur, par le biais de son avocat, de former une requête aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Selon l'article 388-2 du Code civil, le juge des tutelles est saisi dans les conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 389-3 du Code civil, c'est-à-dire en principe par l'administrateur légal.

Dès lors, « à défaut de diligence de l'administrateur légal », dès lors qu'il y a carence de sa part, le juge des tutelles peut procéder à la nomination d'un administrateur *ad hoc* à la demande du Ministère public, ou même d'office. Il peut également y procéder à la demande du mineur.

Les juges ont donc une compétence subsidiaire, la priorité revenant toujours à l'administrateur légal. La demande de ce dernier n'a notamment pas à être appréciée par le juge des tutelles, elle est impérative.

En revanche, constituant une atteinte aux droits parentaux, la désignation par les autres personnes doit rester exceptionnelle et le juge des tutelles doit apprécier souverainement l'existence d'un réel conflit d'intérêts.

De plus, si le juge des tutelles reste le magistrat de droit commun en matière de désignation d'un administrateur *ad hoc*, tout magistrat saisi d'une instance où les intérêts de l'enfant apparaissent opposés à ceux de ses parents, doit désigner un administrateur *ad hoc*.

Dés lors qu'une opposition d'intérêts entre le mineur et son représentant légal se manifeste au cours d'une instance, la juridiction qui en est saisie a le pouvoir de procéder elle-même à la nomination d'un administrateur *ad hoc*.

La solution est opportune car elle permet de simplifier et d'accélérer le processus de protection des intérêts du mineur.

La compétence de la juridiction saisie de l'instance est justifiée par la connaissance particulière qu'elle a de l'affaire et qui la rend apte à apprécier l'opposition d'intérêts susceptible d'en résulter.

176. La compétence de la juridiction saisie de l'instance n'est cependant que subsidiaire par rapport à celle du juge des tutelles. Si elle intervient c'est « à défaut de » ce dernier (C. civ., art. 388-2). Ainsi lorsque le juge des tutelles a, préalablement au début de l'instance, procédé à la nomination d'un administrateur

ad hoc chargé de représenter le mineur dans la procédure, l'intervention du juge saisi de l'instance est exclue.

La question se pose donc de savoir si le juge des tutelles, saisi, préalablement à l'introduction de l'instance, d'une demande tendant à la désignation d'un administrateur *ad hoc*, refuse de faire droit à la demande, la juridiction saisie de l'instance pourrait, postérieurement, et « à défaut du juge des tutelles », procéder à la nomination, si elle estime l'opposition d'intérêts constituée ?

Le souci d'assurer la protection de l'enfant pourrait le justifier²¹³ du moins lorsque les circonstances, au vu desquelles le juge des tutelles s'est prononcé, se sont trouvées modifiées en application de la règle « *non bis in idem* ».

Lorsque l'opposition d'intérêts se manifeste au cours de l'instance, le juge des tutelles n'ayant pas été amené à se prononcer préalablement sur la question, le juge saisi de l'instance est alors certainement compétent.

Il peut procéder d'office à la désignation de l'administrateur *ad hoc* car l'article 388-2 du Code civil précise que : « lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter ».

Il n'est pas nécessaire que le juge des tutelles ait été dans l'impossibilité d'agir.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle approuvé une cour d'assises d'avoir désigné selon l'article 388-2 du Code civil un administrateur *ad hoc* chargé de représenter un enfant mineur, et déclaré recevable sa constitution de partie civile, dès lors que le juge des tutelles n'avait pas été saisi de la demande préalablement à l'instance²¹⁴.

177. Le droit d'appel des représentants légaux. Les représentants légaux du mineur peuvent, dans les 15 jours, interjeter appel de la décision (CPC, art. 1210-2).

²¹³ F. GHELFI-TASTEVIN, L'administrateur *ad hoc* du mineur, une promotion inachevée : LPA 13 mars 1998, p. 4. – Contra : A ET CH. GUÉRY, Administrateur *ad hoc* : us et abus : Gaz. Pal. 1998, 2, doct. p. 1073.

²¹⁴ Cass. crim., 28 févr. 1996 : Juris-Data n° 1996-001597 ; Bull. crim. 1996, n° 98 ; JCP G 1996, II, 22707, note G. RAYMOND ; Defrénois 1996, art. 36434, n° 140, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 1996, p. 597, note J. HAUSER ; D. 1997, somm. p. 280, note C. DESNOYER. – Cass. crim., 14 avr. 1999 : RJPF 1999-7/21, obs. J. PANSIER.

L'administrateur *ad hoc* se substituant aux administrateurs légaux, les parents, pour représenter leur enfant mineur dans une procédure en cours ou à l'occasion d'un acte, la décision a donc une influence sur les droits de ces derniers. Pour cette raison, la loi leur donne droit d'interjeter appel.

En l'absence de précision, il semblerait que l'appel puisse porter tout à la fois sur le principe de la désignation d'un administrateur *ad hoc* et sur le choix de la personne chargée de la fonction.

Cet appel, qui n'est pas suspensif, est formé, instruit, et jugé comme en matière gracieuse, et devrait conformément au droit commun, être interjeté devant la cour d'appel.

Néanmoins, selon M. le conseiller Massip, il conviendrait de « *réserver le cas où la désignation a été faite par le juge des tutelles, car en application de l'article 1215 du Code de procédure civile* » devenu l'article 1239, les recours formés contre les décisions de ce juge sont portés dans tous les cas devant le TGI.

178. En matière pénale. Lorsque la désignation d'un administrateur *ad hoc* est fondée sur l'article 706-50 du Code de procédure pénale, étant notifiée aux représentants légaux du mineur, elle peut être contestée par ces derniers par la voie de l'appel dans un délai de dix jours à compter de la notification.

Cet appel n'est pas suspensif. Il est porté devant la chambre de l'instruction ou la chambre des appels correctionnels.

Dans un arrêt du 16 mars 2005²¹⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation a justement décidé que le président d'une chambre de l'instruction avait excédé ses pouvoirs en déclarant l'appel d'une mère irrecevable au motif qu'il n'entrait pas dans les prévisions de l'article 186 du Code de procédure pénale.

Certes, le droit d'appel des parties privées est « un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension » et, le président de la chambre de l'instruction peut en conséquence rendre d'office une ordonnance de non-admission d'appel quand le recours n'est pas prévu par les articles 186 et 186-1, (ordonnance insusceptible de recours).

²¹⁵ Cass. crim., 16 mars 2005, n° 04-83.300 : JurisData n° 2005-028120 ; Bull. crim. 2005, n° 93 ; D. 2005, inf. rap. p. 1250 ; AJP 2005, p. 288, obs. J. GIRAULT.

Mais c'est à la condition qu'il n'y ait pas de texte spécial le prévoyant. Or ici, l'article R. 53-7 du Code de procédure pénale prévoit spécialement cette voie de recours.

Dès lors, le juge ne peut, sans excéder ses pouvoirs, refuser de l'examiner, ce, quand bien même en l'espèce l'appelante était poursuivie des faits volontairement commis à l'encontre de son enfant.

De même, la cour d'appel de Toulouse²¹⁶ a jugé que la désignation d'un administrateur *ad hoc* par le juge d'instruction, fondée sur l'article 388-2 du Code civil était, à l'instar de celle fondée sur l'article 706-50 du Code de procédure pénale, susceptible d'appel, malgré le silence des articles 186 et 186-1.

Selon la cour, il résulte de la convergence des règles figurant dans l'article 1210-2 du Code de procédure civile (qui pose le principe général d'un droit d'appel contre la désignation d'un administrateur *ad hoc* par application de l'article 388-2 du Code civil), et dans l'article R. 53-7 du Code de procédure pénale, "que le droit d'appel de la décision prise par le juge pénal sur le fondement des dispositions de l'article 388-2 du Code civil existe bien", et qu'il doit être « porté devant la juridiction d'appel de celle saisie de l'instance qui a procédé à la désignation de l'administrateur *ad hoc* ».

En conséquence, l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction doit être porté devant la chambre de l'instruction, « *seule à même de connaître l'entière procédure, couverte par le secret de l'instruction* ».

179. En matière administrative, seul le Procureur de la République peut demander la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

²¹⁶ CA Toulouse, 22 juin 2001 : publiée par le service de doc. et d'études de la C. cass., n° 2001/00660.

2. Le choix de l'administrateur *ad hoc*

180. Une approche différente selon les textes.

Pour les mandats civils, lorsque la juridiction procède à la désignation d'un administrateur *ad hoc* en application des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, elle choisit celui-ci en sein de la famille ou parmi les proches du mineur, qui peuvent refuser cette demande.

Si cela se révèle impossible au regard de l'intérêt de l'enfant, condition appréciée souverainement par la juridiction, celle-ci peut désigner l'administrateur *ad hoc* parmi les personnes figurant sur la liste prévue en matière pénale²¹⁷ (CPC, art. 1210-1). Mais depuis le décret du 16 septembre 1999, un tel recours doit être exceptionnel en matière civile.

Par ailleurs, la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 25 octobre 2005²¹⁸, précise que : « *La désignation d'un administrateur ad hoc parmi les personnes figurant sur la liste prévue par l'article R. 53 du Code de procédure pénale ou dans les conditions définies par l'article R. 53-6 du même code ne constitue qu'une simple faculté pour le juge procédant à cette désignation en application des articles 388-2 et 389-3 du Code civil* ».

Cet arrêt a fait l'objet d'une mention spéciale dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2005, en ce qu' « *il précise les compétences respectives du juge des tutelles et du juge d'instruction pour désigner un administrateur ad hoc* ».

Tout en admettant que le premier de ces juges demeure compétent en vertu des dispositions civiles de commun, cette compétence est subordonnée à l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République afin d'éviter les conflits de compétence.

²¹⁷ CPP., art. R. 53, liste dressée dans le ressort de chaque cour d'appel, et tenue à la disposition du public.

²¹⁸ Cass, 1e civ, 25 oct. 2005 : Bull. civ. 2005, I, n° 390 ; Rapp. C. cass. pour 2005, p. 218 ; D. 2005, inf. rap. p. 2825, obs. J. GIRAULT ; JCP G 2005, I, 199, n° 12, obs. Th. FOSSIER ; Defrénois 2006, p. 350, obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal. 2005, 2, p. 4131, concl. Sainte-Rose ; Dr. famille 2006, comm. 77, note A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2006, p. 103, obs. J. HAUSER.

181. Concernant les mandats pénaux. L'administrateur *ad hoc* peut être choisi, soit parmi les proches de l'enfant, soit sur une liste de personnalités agréées par la cour d'appel.

Si l'administrateur *ad hoc* n'est pas choisi parmi les proches de l'enfant, il sera choisi parmi les personnalités figurant sur la liste. Mais, à défaut d'une telle liste, pourra être désignée soit une personne physique, soit une personne morale qui remplit les mêmes conditions exigées pour obtenir l'agrément (CPP., art. R. 53-6). Il arrive en pratique, que des associations, des avocats ou des conseils généraux n'ayant pas sollicité cet agrément, soient désignés alors qu'une liste existe.

L'obligation de choisir un administrateur *ad hoc* sur la liste prévue à l'article R. 53 du Code de procédure pénale ne vaut que pour l'article 706-50 du Code pénal, et non pour l'article 388-2 du Code civil puisque l'article 1210-1 du Code de procédure civile n'énonce qu'une simple faculté de choisir l'administrateur *ad hoc* sur cette liste.

Néanmoins, contrairement à l'article 1210-1 Code de procédure civile, qui établit une hiérarchie entre les personnes susceptibles d'être désignées comme administrateur *ad hoc*, choisie de préférence au sein de la famille ou parmi les proches de l'enfant, et à défaut sur une liste dressée dans le ressort de chaque cour d'appel, l'article 706-51 pose une simple alternative : l'administrateur *ad hoc* est désigné « *soit parmi les proches de l'enfant, soit sur une liste de personnalités* ».

182. La constitution de la liste prévue en matière pénale, Les articles R. 53 à R. 53-7 du Code de procédure pénale²¹⁹ la réglementent strictement et précisent que :

« Il est dressé tous les quatre ans, dans le ressort de chaque cour d'appel, une liste sur laquelle sont inscrits les administrateurs ad hoc. Elle peut faire l'objet, en tant que de besoin, de mises à jour annuelles.

La liste des administrateurs ad hoc est tenue à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe de la cour d'appel et des tribunaux de grande instance. Elle peut également être affichée dans ces locaux.

²¹⁹ Décret n°2002-697 du 30 avr. 2002; Décret n° 2005-627 du 30 mai 2005.

Une personne physique ne peut être inscrite sur la liste que si elle réunit les conditions suivantes: Être âgée de trente ans au moins et de soixante-dix ans au plus ; S'être signalée depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'elle porte aux questions de l'enfance et par sa compétence ; Avoir sa résidence dans le ressort de la cour d'appel ; N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu à condamnation pénale ou à sanction disciplinaire ou administrative pour agissements contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ; N'avoir pas été frappée de faillite personnelle ou d'une autre sanction en application du titre VI de la loi de sauvegarde des entreprises en difficultés.

En vue de l'inscription d'une personne morale sur une liste d'administrateurs ad hoc, il doit être justifié: Que les dirigeants de la personne morale remplissent les conditions prévues aux 4° et 5° de l'article précédent ; Que chacune des personnes susceptibles d'exercer pour le compte de la personne morale une mission d'administrateur ad hoc remplit les conditions prévues audit article.

Les demandes d'inscription sont adressées au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat a sa résidence. Le procureur instruit les demandes. Il recueille l'avis du juge d'instruction, du juge des tutelles et, le cas échéant, du juge des enfants.

Il transmet le dossier, pour avis de l'assemblée générale de la juridiction, au président du tribunal de grande instance.

Le procureur de la République transmet ensuite le dossier avec l'avis de l'assemblée générale du tribunal au procureur général qui en saisit le premier président de la cour d'appel aux fins d'examen par l'assemblée générale de la cour.

L'assemblée générale dresse la liste des administrateurs ad hoc après avoir entendu le magistrat chargé du rapport et le ministère public.

Tous les quatre ans, les administrateurs ad hoc figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 forment une nouvelle demande d'inscription qui est instruite conformément aux dispositions de l'article R. 53-3. Ils justifient à cette occasion qu'ils ont respecté les obligations résultant des missions qui leur ont été confiées, et notamment celles qui figurent à l'article R. 53-8.

La radiation d'un administrateur ad hoc peut être prononcée chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel, soit à la demande de l'intéressé, soit à l'initiative du premier président ou du procureur général, après que l'intéressé ait

été mis à même de présenter ses observations, dès lors que l'une des conditions prévues aux articles R. 53-1 et R. 53-2 cesse d'être remplie ou que l'administrateur ad hoc n'a pas respecté les obligations résultant de sa mission.

En cas d'urgence, et après avoir mis l'intéressé en mesure de présenter ses observations, le premier président peut prononcer, à titre provisoire, la radiation de l'administrateur ad hoc.

La décision de radiation ne peut donner lieu qu'à un recours devant la Cour de cassation dans un délai d'un mois.

Lorsque, dans le ressort de la cour d'appel, il n'est pas possible de désigner l'une des personnes figurant sur la liste prévue à l'article R. 53 ou que cette liste n'a pas encore été constituée, et qu'il ne peut être fait appel à l'une des personnes proches de l'enfant, la désignation d'un administrateur ad hoc en application de l'article 706-50 du Code pénal est faite, à titre provisoire et jusqu'à l'établissement ou la mise à jour annuelle de la liste, parmi les personnes physiques ou morales remplissant les conditions définies ci-dessus».

La stricte et précise réglementation relative à la constitution de cette liste garantit la compétence des administrateurs *ad hoc* choisis.

183. Concernant les mandats administratifs. Il existe une liste spécifique²²⁰ distincte de celle des mandats pénaux.

L'article L. 751-1 du Code pénal prévoit que les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'État concernant les mineurs faisant une demande d'asile. Par ailleurs, l'article L. 221-5 du même code prévoit l'établissement de listes concernant le mineur maintenu en zone d'attente.

Les administrateurs *ad hoc* devront être désignés en priorité sur cette liste. Bien que les listes soient différentes en matière pénale et pour les mineurs étrangers, les conditions exigées sont les mêmes. A défaut d'une telle liste, le Procureur de la République choisira parmi la liste prévue en matière pénale. Une circulaire de 2005 précise qu'il serait opportun lorsque cela est possible, de désigner la même personne pour exercer les différents mandats relatifs aux mineurs étrangers isolés.

²²⁰ Décret du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc* institués par la loi du 4 mars 2002.

184. Une indemnisation forfaitaire propre aux administrateurs *ad hoc* est désormais prévue par les textes²²¹.

Dès règles communes sont applicables aux trois mandats. Mais il existe également des règles spécifiques. Le fondement de l'indemnité de l'administrateur *ad hoc* sera différent, selon la nature de la procédure et les textes fondant sa désignation. La demande d'indemnisation peut être faite au fur et à mesure de l'avancée de la procédure.

La réforme du 30 juillet 2008²²² a institué le remboursement des frais de déplacement. Il est prévu pour tous les mandats.

Pour les mandats pénaux, les frais de justice²²³ sont pris en charge par l'État ou par une partie au procès. Pour les mandats civils et administratifs, les frais engagés pour l'exercice des mandats sont en priorité à la charge de la partie condamnée aux dépens. C'est au Trésor public de régler l'administrateur *ad hoc* ainsi que pour le recouvrement des frais de cette indemnisation auprès de la partie condamnée aux dépens ou auprès de la partie indiquée par le magistrat mandant.

Après avoir étudié le cadre juridique de la désignation l'administrateur *ad hoc*, il convient d'étudier le contenu de ses missions.

§ 2. LES MISSIONS DE L'ADMINISTRATEUR *AD HOC*

185. Afin de permettre au mineur d'exercer ses droits, l'État a institué un mécanisme de substitution, celui de la représentation *ad hoc* qui permet à un juge de désigner un tiers, qui aura la qualité de représentant judiciaire du mineur.

²²¹ Les Décrets du 16 septembre 1999 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc* et du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc*.

²²² Décret n° 2008-764 du 30 juillet 2008.

²²³ Frais engagés pour l'exercice des mandats pénaux.

L'administrateur *ad hoc* aura vocation à se substituer aux représentants légaux du mineur. Le recours à ce tiers se justifie par l'incapacité d'exercice du mineur.

Néanmoins, cette substitution de l'administrateur *ad hoc* à l'administrateur légal peut constituer une atteinte aux droits parentaux.

Afin de concilier ces deux droits d'égale importance, le législateur doit prévoir que cette substitution soit encadrée et réponde à de strictes conditions posées par les textes légaux.

La représentation *ad hoc* doit donc être assurée par une personne dont les pouvoirs seront limités. Elle présente ainsi un caractère double, la mission devant être précise et ponctuelle. Elle est également subsidiaire, puisqu'elle ne trouve à s'appliquer que lorsque les représentants légaux du mineur n'assurent pas pleinement la représentation de leur enfant.

L'administration *ad hoc* peut donc être distinguée de la représentation assurée par le tuteur, qui présente un caractère continu.

L'administrateur *ad hoc* a, tant au civil qu'au pénal, deux missions principales, la représentation juridique du mineur et son accompagnement (**A**). Dans ce cadre son mandat pourra être vaste ou limité (**B**).

A. La représentation du mineur et son accompagnement

186. Mission générale de représentation. Dans le cadre de sa mission juridique, l'administrateur *ad hoc* est investi d'une mission générale de représentation du mineur à l'occasion d'un acte civil ou d'une procédure, et cette mission découle de son mandat de désignation.

L'administration *ad hoc* est un mécanisme de représentation judiciaire, imposé par le juge.

L'administrateur *ad hoc* est doté d'une fonction juridique puisqu'un pouvoir de décision et un pouvoir d'initiative lui sont exclusivement confiés, en agissant au nom et pour le compte du mineur à l'occasion d'un acte ou d'un procès.

Ses choix doivent être conformes à l'intérêt de l'enfant puisque c'est ce dernier qui en supportera les conséquences. A cet égard, il est susceptible d'engager sa responsabilité.

La désignation, par une ordonnance du juge, d'un administrateur *ad hoc* n'entraîne pas une déchéance des droits parentaux et les parents restent titulaires de l'autorité parentale. Autrement dit il représente l'enfant au lieu et place de ses représentants légaux détenteurs de l'autorité parentale ou tutélaire.

Ces derniers conservent leur vocation naturelle à représenter leur enfant, y compris en justice, mais dans le cadre d'autres procédures. Il ne s'agit pas de mettre en oeuvre une tutelle déguisée. Il va les remplacer pour un problème précis que leur situation ne leur permet pas de résoudre eux-mêmes.

Il se substitue donc à l'administrateur légal uniquement dans le domaine où existe l'opposition d'intérêts. Dans le domaine dans lequel l'administrateur *ad hoc* intervient, les parents du mineur ne peuvent plus représenter ce dernier.

222. Le cadre légal est le suivant :

L'article 371-1 du Code civil prévoit que : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (...)* ».

Par ailleurs, l'article 408 du Code civil issu de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, précise que « *le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi autorise le mineur à agir lui-même. Il représente le mineur en justice* ».

L'article 389-3 alinéa 1 du Code civil indique que l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils.

Ainsi, lorsque le mineur a ses père et mère ou l'un d'entre eux en l'état d'exercer l'autorité parentale, il n'y a a priori aucune difficulté.

Mais l'alinéa 2 de cet article prévoit que « *lorsque les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux du mineur* », un administrateur *ad hoc* doit être désigné par le juge des tutelles, à la demande de l'administrateur légal.

La tutelle présente un caractère continu et permanent et contrairement à l'administrateur *ad hoc* il n'est pas nécessaire que le tuteur obtienne un mandat du

juge des tutelles pour représenter le mineur. Elle sera ouverte, si le père ou la mère ne sont plus en état d'exercer cette autorité parentale.

L'administrateur *ad hoc* doit donc uniquement se substituer à l'administrateur légal, c'est à dire aux parents qui exercent l'autorité parentale lorsque les intérêts de ce dernier sont en opposition avec ceux du mineur. Il bénéficie des pouvoirs de l'organe auquel il se substitue.

187. Antérieurement à la réforme initiée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 relative à la réforme des incapacités, il était admis par la jurisprudence que l'administrateur *ad hoc* avait donc, dans les limites de la mission qui lui était confiée, qualité pour accomplir seul tous les actes civils qu'un tuteur pouvait accomplir au nom de l'enfant sans l'autorisation du conseil de famille, notamment introduire une action patrimoniale en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude²²⁴.

En ce qui concerne les actes les plus graves, il devait obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou, selon certains auteurs, de l'autre parent, du moins si celui-ci n'avait pas lui-même de conflit d'intérêts avec le mineur, pour passer ces actes.

Ce principe, appliqué à la défense des intérêts de l'enfant en justice, permettait de déterminer en se référant à l'ancien article 464 du Code civil l'étendue exacte des pouvoirs de l'administrateur *ad hoc*, ainsi que leurs limites.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le 1^{er} janvier 2009, il convient de se reporter au nouvel article 408, alinéa 2 du Code civil. Selon ce texte, le tuteur "*représente le mineur en justice*". Ainsi l'étendue des pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* devient imprécise. Par ailleurs, conformément à l'article 504 du Code civil applicable à la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle, « *le tuteur agit seul en justice pour faire valoir les **droits patrimoniaux** de la personne protégée* ».

Il ne peut donc agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux qu'après autorisation ou sur injonction du conseil de famille.

Celui-ci peut également enjoindre au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action, ou transiger.

²²⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988 : Gaz. Pal. 1989, 1, p. 43, note J. MASSIP ; Bull. civ. 1988, I, n° 63 ; Defrénois 1988, art. 34309, n° 82, p. 1024, obs. J. MASSIP.

La désignation d'un administrateur *ad hoc* en matière pénale (CPP., art. 706-50) pour assurer la protection des intérêts d'un mineur et exercer au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile fait ainsi obstacle à ce que le représentant légal du mineur puisse également intervenir aux mêmes fins²²⁵.

188. Le mineur conserve le pouvoir d'accomplir des actes d'administration.

En effet, l'administrateur *ad hoc* « *représente le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* » (C. civ., article 389-3)

Mais, dans le cas des procédures d'assistance éducative²²⁶, notamment, l'exercice par le mineur de droits dont il est titulaire, est soumis à de strictes conditions.

Le mineur a également la possibilité de faire appel des décisions prises par ce magistrat, de demander l'assistance d'un avocat.

Toutefois, la Cour de cassation a posé une condition à l'exercice de ces droits par le mineur, qu'il ait un discernement suffisant²²⁷.

L'existence de ce discernement devra être recherchée par les juges du fond qui, à défaut, désigneront un administrateur *ad hoc*.

L'administrateur *ad hoc* ne pourra donc intervenir que si le mineur n'a pas de discernement suffisant.

189. Le rôle de l'administrateur *ad hoc*. L'aspect humain de la mission de l'administrateur *ad hoc*, indissociable de l'aspect juridique. Le rôle de l'administrateur *ad hoc* a été complètement modifié avec l'introduction de la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, en raison de sa finalité de protection de l'enfant et de la qualité de victime de ce dernier.

²²⁵ Crim. 12 septembre 2000, D. 2000. IR. 275.

²²⁶ L'article 375 du Code civil prévoit que « *si la santé, la sécurité, la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises des mesures d'assistance éducatives peuvent être ordonnées par justice...à la requête du mineur lui même* ».

²²⁷ Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-16.367, F-D : JurisData n° 2011-030679.

La mission de l'administrateur *ad hoc* ne peut plus se limiter à l'action civile. Il paraît indispensable que l'administrateur *ad hoc* rencontre l'enfant dès sa désignation afin d'établir une relation de confiance et de communication réciproque.

En tant que représentant du mineur, l'administrateur *ad hoc* l'accompagne pendant tous les actes de la procédure et lors des audiences, confrontations et expertises le concernant. Il l'assiste lors des entretiens avec son avocat.

Il a un rôle d'information pédagogique, qui requiert de la psychologie, en direction de l'enfant. Il n'est pas chargé de l'éducation du mineur, il doit seulement défendre ses intérêts dans le cadre de sa mission.

Il doit veiller à ce que le mineur puisse être informé et comprendre la loi, le rôle de chaque intervenant dans la procédure, les questions principales du dossier, les décisions de la justice et surtout les conséquences éventuelles. Il prépare le mineur pour toutes les étapes de la procédure auxquelles il devra participer²²⁸.

Il permet ainsi au mineur d'être juridiquement acteur de la procédure le concernant, en instaurant une relation de confiance entre eux, ce qui peut paraître plus aisé pour un proche du mineur, désigné administrateur *ad hoc*.

190. La représentation nouvelle du mineur étranger isolé. Depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et le décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc*, ces derniers ont également comme mission possible l'assistance²²⁹ et la représentation des mineurs étrangers isolés entendu comme le mineur non accompagné d'un représentant légal sur le territoire français.

L'article L.112-3 du Code de l'action sociale et des familles de la loi du 5 mars 2007 précise que « *les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* » se trouvant sur le territoire français, sont considérés en

²²⁸ L'aspect d'accompagnement moral de l'enfant a été confirmé par la loi de 17 juin 1998 : l'article 706-50 c.p.p. en prévoyant la possibilité de désignation de l'administrateur *ad hoc* par le procureur de la République dès la phase de l'enquête préliminaire, confirme ce rôle puisqu'à ce stade une mission juridique ne peut être envisagée.

²²⁹ La circulaire interministérielle de 2005 octroi à l'administrateur *ad hoc* le rôle d'accompagnateur de l'enfant tout au long de chaque procédure qui va au-delà de la simple représentation juridique. Il est investi d'une véritable mission d'assistance.

état de danger et nécessitent alors une prise en charge au titre de la protection de l'enfance.

L'administrateur *ad hoc* sera chargé d'assurer leur représentation dans toutes les démarches administratives et juridictionnelles relatives à leur maintien en zone d'attente et ou à leur entrée sur le territoire, et la reconnaissance de la qualité de réfugié dans le cadre d'une demande d'asile présentée en préfecture ainsi que dans tous les recours contentieux qui en découleraient.

Un rapport de confiance est donc nécessaire entre le mineur étranger et l'administrateur *ad hoc*, mais une proximité familiale est ici impossible.

L'évolution législative des deux dernières décennies a généralisé considérablement le système de l'administration *ad hoc*, d'une part par l'extension du champ d'intervention de l'administrateur *ad hoc* et d'autre part par l'augmentation des possibilités de recourir à ce mécanisme de représentation de substitution. Pour autant, l'administration *ad hoc* est souvent contestée dans son contenu, ce qui est principalement dû à la portée restreinte de la disposition qui a initialement fondé les missions de l'administrateur *ad hoc*, l'article 389-3 du Code civil, précité.

La fonction actuelle de l'administrateur s'est beaucoup différenciée de sa fonction initiale : il intervient désormais principalement dans le domaine pénal et assume prioritairement la défense des intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant. La protection des intérêts patrimoniaux lui est confiée de façon résiduelle, ce qui engendre une complexité tant dans ses missions en tant que telles que dans leur articulation.

L'appréciation de la portée du mandat de l'administrateur *ad hoc* réside dans le constat simple suivant : l'étendue de la mission de celui-ci varie selon le degré de délimitation qu'a effectué le juge dans le mandat le désignant. Ainsi, la nature et la portée du mandat peuvent être ouvertes donc vastes dans le cas d'un mandat en blanc, ou par contre bien restreintes dans le cas d'une intervention accrue du juge. La limite des pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* suit la même logique, laissant au juge une marge de manœuvre plus ou moins large.

B. Un mandat variable

191. L'étendue de la mission. L'étendue de la mission de l'administrateur *ad hoc* varie selon le degré de délimitation qu'a effectué le juge dans le mandat le désignant.

Dans le cas où l'administrateur *ad hoc* est nommé sur le fondement de l'article 706-50 Code pénal, sa mission sera « *d'assurer la protection des intérêts du mineur* » et « *d'exercer, s'il y a lieu, au nom de celui-ci, les droits reconnus à la partie civile* ».

Ce texte permet à l'administrateur *ad hoc* d'intervenir tout au long du procès pénal, puisqu'il dispose du pouvoir d'exercer les droits reconnus à la partie civile : il a le pouvoir discrétionnaire, dès qu'il est désigné, d'intervenir à l'enquête préliminaire, lors de la phase d'instruction ou celle de jugement, ainsi que d'épuiser les voies de recours.

Dans ce cas, le contenu de son mandat est précis et immuable, le juge qui le désigne ne peut modifier sa mission.

Alors que, lorsque l'administrateur *ad hoc* est désigné par le juge répressif sur le fondement des articles 388-2 et 389-3 du Code civil, sa mission peut être, bien au contraire, plus vaste puisqu'il est « *chargé de représenter le mineur* ».

Dans cette hypothèse, le juge délimite le pouvoir de représentation de l'administrateur *ad hoc* mais le degré de délimitation varie toutefois d'une juridiction à l'autre.

Certains magistrats restreignent strictement le mandat de l'administrateur *ad hoc* à une seule phase de la procédure, l'obligeant ainsi à obtenir un nouveau mandat pour chaque étape du processus pénal et encourir le risque d'épuiser les délais de la procédure. D'autres magistrats accordent un mandat plus large, ce qui apparaît préférable et plus confortable pour l'administrateur *ad hoc* dans l'exercice de sa mission.

192. La question de la limite des pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* se pose finalement lorsque le cadre d'intervention n'est pas suffisamment déterminé ou trop précis.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mars 1988²³⁰ a considéré que : « *comme l'administrateur légal, l'administrateur ad hoc a, dans les limites de la mission qui lui a été confiée, qualité pour accomplir seul tous les actes civils qu'un tuteur peut faire sans autorisation du conseil de famille* ».

L'article 389-6 du Code civil précise que : « *dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, l'administrateur doit se pourvoir d'une autorisation du juge de tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec une autorisation. Il peut faire seul les autres actes* ».

Ainsi, l'administrateur légal dispose de deux catégories de pouvoir : l'accomplissement des actes qu'il peut faire seul et l'accomplissement des actes qui exigent une autorisation du juge de tutelles. Dans ce contexte, un parallélisme s'impose entre les pouvoirs de l'administrateur légal et ceux de l'administrateur *ad hoc*.

L'administrateur *ad hoc* est investi des mêmes pouvoirs que l'administrateur légal sous contrôle judiciaire (c'est-à-dire lorsqu'il y a qu'un seul parent qui exerce l'autorité parentale : article 389-2 du Code civil).

Dans le cadre de sa fonction juridique, l'administrateur *ad hoc* exerce les droits afférents à la partie civile, notamment en se constituant partie civile. Il seul habilité à accomplir les actes nécessaires à la représentation du mineur partie à l'instance. Le représentant légal n'a plus qualité pour agir au nom de l'enfant.

Dès qu'il est désigné, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de sa mission et plus spécifiquement quant à l'opportunité de se constituer partie civile.

Il lui incombera notamment de choisir un avocat chargé d'assister et de représenter le mineur à l'instance dans les procédures où la constitution d'avocat est obligatoire. Le règlement des honoraires de l'avocat doit être effectué par l'administrateur *ad hoc*²³¹. Il doit solliciter l'aide juridictionnelle au bénéfice du mineur qu'il représente et il est le seul à pouvoir mandater ou changer un avocat.

Il exerce, s'il y a lieu, au nom du mineur les droits reconnus à la partie civile.

²³⁰ Voir infra p. 151.

²³¹ Cass. 1re civ., 7 juin 2006 : Dr. famille 2007, comm. 7, obs. P. MURAT ; RJPF 2006-10/15, p. 15, obs. F. J. Pansier, considérant que le mandataire *ad hoc* doit régler les honoraires de l'avocat initialement choisi par les parents, alors même qu'il a secondairement fait choix d'un autre conseil pour le mineur.

Dans cette hypothèse, il use d'une grande liberté dans le cadre d'actes de procédures, notamment pour faire des demandes d'actes (expertises, audition...), pour faire appel de décisions, ainsi que pour demander des dommages et intérêts pour réparation du préjudice subi par le mineur.

Enfin, lorsque l'administrateur *ad hoc* rencontre des difficultés ou se trouve dans l'impossibilité d'exercer sa mission (par exemple en cas de contestation de sa désignation par la famille du mineur), il doit en référer au magistrat qu'il l'a désigné.

Si l'enfant se trouve dans une situation de danger, l'administrateur *ad hoc* informe le parquet qui, à son tour, peut saisir le juge des enfants pour qu'il ordonne une mesure d'assistance éducative, selon l'article 375 Code civil.

193. L'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente²³². Ainsi, l'administrateur *ad hoc* ne pourrait accomplir des actes de procédure que le mineur n'aurait pas qualité pour accomplir, par exemple former tierce opposition à un jugement lorsque l'action est réservée à d'autres.

Selon le Professeur Hauser, cependant, il serait : « *inexact de refuser à l'administrateur ad hoc le droit d'intervenir sous le prétexte qu'il ne peut avoir plus de droit que le mineur, alors qu'il remplace les parents de ce mineur, lesquels avaient un pouvoir général de le représenter dont les limites sont déterminées par la loi, et non par référence aux limites des droits accordés par l'enfant* ».

Ce serait donc le droit des parents qui se trouverait transféré à l'administrateur *ad hoc* et ce quel que soit le droit du mineur lui-même²³³.

²³² Cass. ch. mixte, 9 févr. 2001, Bull. ch. mixte 2001, n° 1 ; JCP G 2001, II, 10514, note TH. FOSSIER ; JCP G 2001, I, 332, n° 8, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; RTD civ. 2001, p. 333, obs. J. Hauser ; D. 2001, p. 743 ; RJPF 2001-4/38, p. 21, obs. P. GUERDER ; RJPF 2001-6/11, p. 6, note crit. J. HAUSER.

²³³ J. HAUSER, obs. ss Cass. ch. mixte, 9 févr. 2001 : RJPF 2001-6/11, p. 6 ; RTD civ. 2001, p. 333.

194. En conclusion. Le système actuel souffre de son hétérogénéité. Plusieurs textes très différents peuvent fonder la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Certains textes spécifiques à un domaine particulier ont une portée restreinte alors que d'autres au contraire, par leur portée générale, peuvent trouver application à toute situation.

La coexistence de ces textes généraux et d'exception entraîne la variabilité du contenu du mandat.

Le décret du 16 septembre 1999 a doté l'administrateur *ad hoc* d'un statut économique mais il ne lui a pas conféré de statut juridique dans la mesure où il a uniquement précisé le profil de l'administrateur *ad hoc* et arrêté les modalités de constitution des listes d'administrateurs *ad hoc*.

Le critère d'indépendance vis-à-vis de la famille, du suivi éducatif, de l'autorité judiciaire, n'a pas été expressément pris en compte pour la procédure d'agrément des administrateurs *ad hoc*, dans la mesure où il n'existe aucune règle d'incompatibilités.

Par ailleurs, le décret n'appréhende nullement la question du refus pour l'administrateur *ad hoc* ou de sa démission. Il peut seulement demander à être radié de la liste.

Le contenu et les limites du mandat de l'administrateur *ad hoc*, la place de ce représentant dans la procédure ne sont pas fixés. Mais, malgré cette généralisation, aucune institution n'est née.

Donner des règles statutaires à l'administrateur *ad hoc*, lui imposer des règles déontologiques, similaires à celles du mandataire *ad hoc*, permettrait de légitimer de façon plus claire son rôle, sa mission.

La mission commune à ces différents mandataires, professionnels nommés par le juge est de représenter une des parties dans une situation particulière dans une durée limitée afin de trouver une issue rapide et efficace au blocage ou conflit.

La diversité de leurs domaines d'intervention apporte une diversité de leurs statuts avec des spécificités qui ne permettent pas actuellement de déterminer un statut commun du mandataire *ad hoc*.

Dans le cadre du mandat posthume ou du mandat de protection future, le mandataire n'intervient pas dans des hypothèses de conflit ou de blocage. Par ailleurs sa désignation n'est pas faite par le juge mais conventionnellement.

Ces particularités seront abordées dans la présente étude.

CHAPITRE II.

LA DÉSIGNATION PAR CONTRAT DU MANDATAIRE *AD HOC*

195. Le mandat à effet posthume et le mandat de protection future, nouveaux mécanismes introduits dans le Code civil par les deux réformes fondamentales des successions et libéralités du 23 juin 2006²³⁴ et de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007, sont destinés à assurer, pour l'un, une meilleure transmission du patrimoine successoral, en autorisant le futur défunt à organiser la gestion posthume de ses biens, et pour l'autre, la protection de la personne aux facultés affaiblies conformément à sa propre volonté.

Le respect de la volonté est au coeur de ces dispositifs qui assurent la représentation d'une volonté disparue.

Si leur rattachement à la qualification de mandat a pu paraître tout à fait discutable, il semble au contraire que ces nouveaux modes conventionnels de représentation assurent d'une certaine manière la survie fictive de la volonté du représenté.

Afin de faciliter la gestion des successions en évitant « la pesanteur de l'indivision »²³⁵ et d'assurer ainsi tant la pérennité du patrimoine successoral que l'encadrement d'un héritier souffrant d'une déficience mentale ou physique²³⁶, il importait de permettre à la personne au seuil de la mort d'organiser la gestion posthume de ses biens et, notamment en présence d'une entreprise²³⁷, lui permettre de trouver une personne compétente pour en assurer la continuité dans l'attente d'une maturité suffisante de ses héritiers.

Le mandat à effet posthume (**Section I**) et le mandat de protection future (**Section II**) sont destinés à remplir cette finalité.

²³⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 insérée dans le Code civil aux articles 812 et suivants. Sur la réforme, v. PH. MALAURIE, *La réforme des successions et des libéralités*, Defrénois, 2006. 1719 ; M.-C. FORGEARD, R. CRÔNE ET B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et libéralités (Commentaire et formules)*, préf. PH. MALAURIE, Defrénois, 2007. Cahiers Cridon-Lyon, *La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités*, v. *Le mandat à effet posthume*, par V. TRAMBOUZE, 2006, nos 172 et s., p. 70 et s.

²³⁵ J. CASEY, *Le mandat posthume*, à propos de la loi du 23 juin 2006, *Dr. famille* 2006, étude 53.

²³⁶ Dans cette hypothèse, le mandat peut tout à fait coexister avec une mesure de protection légale, v. C. civ., art. 812-1.

²³⁷ Cette notion économique vise le fonds de commerce ou artisanal, l'exploitation agricole ou les parts ou actions de ces sociétés exploitant ces fonds. Sur la difficulté de gérer un fonds de commerce indivis, V. T. SCHWARTZ « *La gestion du fonds de commerce indivis* », thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de H. BOSSE-PLATIÈRE, Dijon, Université de Bourgogne, 15 déc. 2009.

SECTION I. LE RÉGIME JURIDIQUE DU MANDAT À EFFET POSTHUME

196. Fondements du mandat à effet posthume. Le mandat à effet posthume est régi par les articles 812 à 812-7 du Code civil. Toutefois il obéit aux règles du droit commun du mandat²³⁸ qui ne sont pas incompatibles avec ces dispositions spéciales.

Ce mécanisme a été institué en 2006 spécialement à l'attention des chefs d'entreprises afin de faciliter et d'accompagner la transmission de leur entreprise après leur décès. À cet égard, les administrateurs et mandataires judiciaires au sens du Livre VI du Code de commerce paraissent particulièrement à même de remplir les fonctions de mandataire posthume.

197. Le mandat à effet posthume est spécial ou général, que l'on se situe du côté des personnes ou des biens.

La nomination d'un mandataire pour l'ensemble de ses héritiers ou pour certains d'entre eux seulement est possible, tout comme le mandat portera sur l'ensemble de la succession ou sur certains biens seulement. Le mandant a également tout loisir pour désigner plusieurs mandataires avec des missions distinctes.

Avant d'aborder la diversité des missions du mandataire posthume (§1), il convient de déterminer son mode de désignation (§2).

²³⁸ Code civil, art. 1984 à 2010

§1. LA DÉSIGNATION DU MANDATAIRE POSTHUME

198. Depuis le 1^{er} janvier 2007, toute personne peut désigner, de son vivant, un mandataire, lequel sera investi, à compter de l'ouverture de la succession, de la mission d'administrer et de gérer tout ou partie du patrimoine successoral dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés (C. civ., art. 812).

Le tiers chargé d'administrer la succession est imposé aux héritiers par la volonté de celui qui deviendra le *de cuius*.

Il s'agit d'un mécanisme de représentation forcée, qui peut même porter sur des biens composant la réserve des héritiers et les dépossède d'une grande partie de leurs pouvoirs de gestion.

Il présente en outre l'originalité d'opérer une distinction inédite entre celui qui donne pouvoir au mandataire d'accomplir des actes, *de cuius*, et celui pour qui ces actes sont accomplis, les héritiers : une sorte de mandat « à trois personnes ».

199. Le décès d'un mandant est, classiquement, une cause de fin de mandat (C. civ., art. 2003). En cas de mandat posthume, le mandat prend effet uniquement après le décès du mandant. L'auteur du mandat ne participera pas à son exécution et le mandataire débutera sa mission au plus tôt au décès du mandant.

Les héritiers du mandant n'interviendront pas dans le mandat à effet posthume alors qu'il va s'imposer à eux, formant une véritable stipulation pour autrui.

L'opportunité de recourir à un mandat posthume (**A**) et du choix du mandataire (**B**) doivent être soulignées.

A. L'opportunité de la désignation d'un mandataire posthume

200. Les motifs de la désignation mandataire posthume. Le mandat à effet posthume doit être justifié par un « *intérêt sérieux et légitime au regard de la*

personne de l'héritier ou du patrimoine successoral » (C. civ., art. 812-1-1). Cela vise les hypothèses d'héritiers incapables, au sens juridique du terme, ou incompetents, et les hypothèses de biens difficiles à gérer ou exigeant des aptitudes ou capacités particulières (par exemple une entreprise).

La notion d'intérêt sérieux et légitime est une notion générale dont la détermination relève du notaire, le mandat étant passé en la forme authentique, mais également de l'appréciation des juridictions lorsqu'elle sera contestée.

Il convient toutefois de souligner qu'elle n'est pas nouvelle dans le Code civil dans la mesure où elle a été, à dessein, tirée de l'article 900-1 du Code civil qui en fait déjà une condition de validité des clauses d'inaliénabilité. Cet article précise en effet que : *« Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige (...) »*.

En outre, les travaux parlementaires, ainsi que le deuxième alinéa de l'article 812-1-1 du Code civil qui précise les conditions dans lesquelles le mandat peut être donné, apportent certaines indications quant à la nature de cet intérêt sérieux et légitime.

201. Le législateur a principalement envisagé l'hypothèse où le mandat serait motivé par l'inaptitude du ou des héritiers à gérer le patrimoine successoral dans leur intérêt. Cette inaptitude peut résulter soit d'une cause subjective (minorité, jeunesse, placement sous une mesure de protection juridique, désintérêt pour la gestion patrimoniale...) soit de causes objectives attachées à la nature du patrimoine concerné (en particulier la gestion d'une entreprise ou de biens professionnels).

Les causes d'un tel mandat, du point de vue de la l'âge et la capacité, peuvent apparaître en présence d'un héritier mineur ou à l'opposé d'un héritier trop âgé pour pouvoir gérer un patrimoine ou un bien ; d'un majeur protégé, le mandant souhaitant éviter le recours à un administrateur légal ; d'un héritier gérant mal son propre patrimoine et dont l'incompétence notoire est reconnue ; d'un héritier dont

l'état de santé ne lui permet pas de gérer un bien dépendant de la succession²³⁹ ; de l'absence parmi les héritiers d'un héritier ayant la capacité professionnelle nécessaire pour gérer l'entreprise (manque de diplôme, expérience...).

Dans l'hypothèse d'un mandat donné à raison d'une mésentente des héritiers de nature à empêcher la bonne gestion du patrimoine successoral, l'intérêt légitime en cause ne paraît de nature à justifier un mandat que de deux années (la durée légale la plus courte prévue) et doit être bien argumenté²⁴⁰ : en effet le mandat posthume ne peut servir comme moyen de règlement de compte familial.

Il est également possible d'écarter un héritier qui est un concurrent du mandant et dont on sait que s'il venait à prendre possession de ladite société du mandant il tirerait un profit personnel au détriment des autres héritiers.

La forme même de la société peut justifier un intérêt réel et sérieux si elle demande des compétences spécifiques nécessitant un héritier averti.

En cas d'indivision, lorsque la présence de nombreux indivisaires risquerait de compliquer son fonctionnement, le mandant sachant préalablement qu'il sera difficile de dégager une majorité même pour des actes d'administration. Seront notamment touchées, les sociétés où la représentation d'une société pour les titres détenus par le défunt n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. Cela peut conduire à un blocage que ce type de mandat pourrait éviter.

Le champ d'application du mandat posthume est donc large et sa motivation doit être précise. La nécessité que l'intérêt sérieux et légitime soit « *précisément motivé au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral* » privilégie les mandats spéciaux et réserve l'hypothèse d'un mandat donné pour tous les héritiers et pour la totalité du patrimoine successoral à des cas dans lesquels les héritiers sont mineurs ou manifestent une inaptitude particulière.

202. Un acte authentique. S'agissant d'un acte grave, le mandat est passé en la forme authentique. Le notaire informera les cocontractants sur la partie de leur

²³⁹ Par exemple le cas d'une entreprise dans le secteur du bâtiment nécessitant des efforts physiques et d'un héritier paraplégique. Le mandat sera justifié par l'impossibilité de l'héritier d'exercer une activité se déroulant sur chantier.

²⁴⁰ Par exemple le cas d'un héritier ayant travaillé dans l'entreprise avec le mandant mais qui suite à une dispute a quitté la société mettant en grave difficulté le mandant.

engagement. Le mandat est accepté dans la même forme, que l'acceptation. Et l'acceptation est donnée avant le décès du mandant.

Préalablement à son exécution, le mandant et le mandataire peuvent renoncer au mandat.

203. Les conditions de validité du mandat, qu'il s'agisse de l'intérêt sérieux et légitime ou de la capacité du mandataire, doivent être permanentes dans le temps : en d'autres termes êtres satisfaites non seulement au moment où le mandat prend effet, mais également subsister pour que le mandat demeure valable.

La disparition de l'intérêt sérieux et légitime ou la mise sous mesure de protection du mandataire peuvent en effet être invoquées par les héritiers à tout moment pour que soit prononcée la révocation judiciaire du mandat (C. civ., art. 812-4, 3^o et 6).

Le mandat à effet posthume ne prend effet qu'au jour de l'ouverture de sa succession, c'est-à-dire au décès du mandant. Sauf stipulation contraire du mandat, cette prise d'effet n'est conditionnée à l'accomplissement d'aucune formalité car il y a déjà un acte notarié de désignation.

Les pouvoirs du mandataire désigné s'imposent aux héritiers et ne sont nullement conditionnés à une acceptation de leur part. Ces derniers disposent toutefois de la faculté de saisir le juge pour contester le mandat ou demander qu'il y soit mis fin, pour les motifs rappelés ci-dessus.

Le mandat est donné pour une durée de deux ans maximum en cas de mésentente entre les héritiers, prorogable une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire.

Toutefois, il peut être donné pour une durée de cinq ans, prorogable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels (C. civ., art. 812-1-1).

La demande de prorogation doit être portée devant le président du tribunal de grande instance, du lieu de l'ouverture de la succession, ou son délégué qui statue dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du CPC, soit par ordonnance sur requête (CPC, art. 1379).

Le choix du mandataire apparaît tout aussi important pour réussir le mandat à effet posthume.

B. Le choix du mandataire posthume

204. Le mandataire peut être toute personne physique ou morale jouissant de la capacité civile. Lorsque le mandat implique la gestion de biens professionnels, le mandataire ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer.

205. Le mandataire peut être un héritier ; en revanche, il ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession car il y aurait un conflit d'intérêt.

Le fait de nommer mandataire un des héritiers, va faciliter l'exécution du mandat car un héritier au moins doit avoir accepté la succession afin que le mandataire puisse accomplir des actes autres que des actes purement conservatoires ou de surveillance (Code civil, art. 784), il disposera du droit d'accepter la succession immédiatement après le décès.

Dans l'hypothèse d'une entreprise, des décisions importantes, autres que conservatoires, sont souvent nécessaires pour assurer sa continuité. A défaut d'acceptation de la succession, le mandataire ne pourra les prendre.

L'héritier au moment du décès acquiert une vocation à succéder au défunt mais il faut qu'il concrétise cette vocation en prenant attitude quant à celle-ci. En effet, tout héritier dispose de plusieurs choix possibles, ou bien, il accepte purement et simplement la succession, ou bien encore, il y renonce purement et simplement, ou bien *in fine*, il adopte une position médiane en acceptant sous le bénéfice de l'inventaire.

Il faut être attentif car l'acceptation pure et simple de la succession peut être tacite et résulter des actes accomplis par les héritiers. L'acceptation de la succession sous le bénéfice de l'inventaire fait obstacle à la confusion immédiate des patrimoines du défunt et de son héritier.

Le délai pour exercer l'option héréditaire est de trente ans pour exercer leur option héréditaire. A l'inverse de l'acceptation de la succession, la renonciation et

l'acceptation sous le bénéfice de l'inventaire ne se présument pas. Elles résultent toutes deux d'une démarche spécifique à savoir une déclaration auprès du greffe du Tribunal de première instance du dernier domicile du défunt.

Il est possible, dans certaines conditions, de contraindre les héritiers à exercer leur option héréditaire. Toutefois, en pareille hypothèse, les héritiers disposent toujours d'un délai de réflexion de 3 mois et 40 jours à dater du décès pour dresser un inventaire et délibérer.

206. Le choix du mandataire : un tiers, non héritier. Il faut alors distinguer les hypothèses où il y a accord sur l'acceptation et sur l'ensemble du règlement de la succession, dont notamment la nomination d'un mandataire posthume, entre un ou plusieurs héritiers, et lorsqu'il y a désaccord.

En cas d'accord, les héritiers seront informés et pourront rapidement accepter la succession facilitant la mise en œuvre du mandat à effet posthume. En cas de conflit, en revanche, la situation risque d'être bloquée nécessitant alors dans le cadre d'une entreprise des mesures supplémentaires.

La nomination effective ne nécessite pas l'accord des héritiers. Ce mandataire peut vouloir savoir au plus vite la décision des héritiers puisque le tiers mandataire posthume ne peut utiliser l'action interrogatoire²⁴¹ mise en place par la loi du 23 juin 2006 ce qui ne permettra pas de débloquer la paralysie.

Si nous sommes dans l'hypothèse d'un héritier mineur ou majeur protégé unique pour lequel l'acceptation pure et simple n'est pas possible, la longueur de la procédure pour avoir cette autorisation d'acceptation aura des conséquences sur l'intérêt du mandat à effet posthume qui sera relatif.

Les actes réalisés par le mandataire sont sans effet sur l'option héréditaire, dès lors mettre en œuvre le mandat à effet posthume en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net ne ferait pas courir de risque aux héritiers.

²⁴¹ Code civil, art. 771 dispose que : « *L'héritier ne peut être contraint à opter avant l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession. A l'expiration de ce délai, il peut être sommé, par acte extrajudiciaire, de prendre parti à l'initiative d'un créancier de la succession, d'un cohéritier, d'un héritier de rang subséquent ou de l'Etat* ».

207. Le mandat doit est donné pour le compte et dans l'intérêt d'un seul héritier, ou de certains d'entre eux ou encore de l'ensemble des héritiers.

La nomination d'un seul mandataire pour l'ensemble des héritiers facilitera l'application du mandat, plus simple et rapide. A défaut, si le mandataire ne représente qu'une partie d'entre eux, il va se retrouver au sein d'une indivision successorale avec toutes la complexité que cela engendre et si les autres héritiers ne sont pas favorables à ce mandat il sera alors inefficace.

Il est possible également pour le mandant de désigner plusieurs mandataires ou de confier une mission commune à plusieurs mandataires ou au contraire de conférer à chacun une mission bien déterminée. Dans le cadre d'une mission conjointe ou distinctes, afin d'éviter des conflits entre mandataires, le mandant pourra et devra préciser le mode de fonctionnement du mandat et les limites de chacun dans le mandat.

La complexité des patrimoines peut justifier la désignation de mandataires distincts choisis pour leur compétence dans tel ou tel domaine. A titre d'exemple, un mandant commerçant ayant un enfant mineur pourra désigner un mandataire spécial pour la gestion du fonds de commerce et un autre mandataire pour le règlement du surplus de la succession ; ou bien nommer uniquement un mandataire pour le fonds et laisse s'appliquer pour le surplus de la succession le régime classique d'une administration légale sous contrôle judiciaire ou d'une tutelle.

Enfin en cas de décès ou de la perte de capacité ou encore de la renonciation d'un mandataire, si un seul mandataire sans remplaçant a été désigné, le juge ne peut pas nommer un nouveau mandataire, il est donc préférable que le mandant désigne un mandataire successif.

208. La rémunération du mandataire posthume. Le mandat est présumé gratuit sauf si une rémunération est spécialement prévue dans le contrat.

La rémunération du mandataire est réductible si elle porte atteinte à la réserve des héritiers. Par ailleurs, les héritiers visés par le mandat ou leurs représentants pourraient demander en justice la révision de la rémunération dès lors qu'ils seraient en mesure d'établir la nature excessive de celle-ci au regard de la durée ou de la charge résultant du mandat (C. civ., art. 812-2 et 812-3).

Dans ces deux hypothèses, les demandes sont portées devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué, elles sont formées, instruites et jugées dans la forme des référés (NCPC, art. 1380).

Cette rémunération est contrôlée et peut être contestée au même titre que celle du mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce.

Le mandat à effet posthume est donc une institution qui permet au de cujus d'investir, avant son décès, une tierce personne chargée, à compter de l'ouverture de la succession, d'administrer ou de gérer tout ou partie des choses la composant en lieu et place de tout ou partie des héritiers (C. civ., art. 812).

Cependant, les termes « *administration* » et « *gestion* », employés par l'article 812 Code civil sont imprécis, il convient donc de préciser les éventuelles missions possibles du mandataire posthume.

§2. LA MISSION DU MANDATAIRE POSTHUME

209. Les pouvoirs du mandataire posthume sont limités (**A**). Cela peut poser des difficultés qui pourront parfois être contournées (**B**).

A. L'étendue du mandat posthume

210. Pouvoir d'administration ou de gestion. La mission du mandataire est en principe définie dans le mandat et, avec elle, les pouvoirs du mandataire. À défaut de pouvoirs définis de façon plus restrictive, la mission du mandataire consiste à « *administrer ou gérer* ».

Les pouvoirs du mandataire varient selon que la succession a été ou non acceptée par au moins un des héritiers visé par le mandat.

Tant qu'aucun des héritiers n'a accepté la succession, le mandataire ne dispose que du pouvoir d'accomplir des actes conservatoires, de surveillance ou d'administration provisoire (C. civ., art 784), tels que : frais funéraires, frais de dernière maladie, paiement de dettes, encaissement de loyers, déménagement du local d'habitation pour éviter le paiement d'un loyer (etc).

Après acceptation par au moins l'un des héritiers, le mandataire peut exercer tous les pouvoirs d'administration et de gestion qui lui ont été conférés par le *de cujus*.

Le recours à la notion de gestion a été choisi afin de ne pas limiter les actes du mandataire aux seuls actes d'administration.

Sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, la notion de gestion autorise le recours à des actes de disposition de certains éléments du patrimoine lorsqu'ils s'insèrent dans une logique de conservation, d'administration ou de valorisation du patrimoine successoral.

L'administration évoque le pouvoir d'accomplir seulement des actes d'administration, à l'exclusion des actes de disposition.

L'obligation du mandataire posthume est alors d'assurer une exploitation normale des choses, tel un bon père de famille. Au contraire, la gestion suggère une exploitation plus « *dynamique* » des choses de la part du mandataire posthume²⁴².

Dés lors, le mandataire posthume doit pouvoir effectuer certains actes de disposition nécessaires à une bonne gestion des biens qui en forment l'objet, comme par exemple la conclusion ou du renouvellement d'un bail rural ou commercial.

Mais les actes de disposition qui auraient pour objet l'aliénation des biens ne sauraient être autorisés au mandataire posthume, ces actes étant du ressort des seuls héritiers²⁴³.

En somme, les pouvoirs conférés au mandataire posthume, tels qu'ils résultent de l'art. 812, doivent s'entendre de la faculté de faire tous actes d'administration et certains actes de disposition, à l'exclusion des actes d'aliénation.

²⁴² G. WICKER, J.-CL. civil code, art. 812 à 812-7, n° 55.

²⁴³ M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Defrénois*, 15 janvier 2007 n° 1, p.3. ; J. LEPROVAUX, *La place de la famille dans la mise en oeuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume*.

La Cour de cassation a confirmé cette approche dans un arrêt du 12 mai 2010²⁴⁴ en répondant à la question de savoir si le mandataire posthume avait le pouvoir de s'opposer à l'aliénation par les héritiers des biens qui forment l'objet de son mandat ?

En l'espèce, une mère de famille laisse pour lui succéder ses deux enfants mineurs. Par acte authentique, elle avait institué son père en qualité de mandataire posthume.

Par décision du juge des tutelles le père et administrateur légal sous contrôle judiciaire des enfants est autorisé à vendre un appartement dépendant de la succession. Le mandataire posthume interjette appel de cette décision devant le tribunal de grande instance, juridiction de recours compétente à l'époque des faits.

Le Tribunal de grande instance fait droit à sa demande au motif que le pouvoir de gestion conféré au mandataire posthume implique celui de vendre, dès lors que la vente peut être considérée comme un acte utile dans l'intérêt des héritiers, de sorte qu'il peut symétriquement valablement s'opposer à une vente projetée par l'administrateur légal sous contrôle judiciaire des héritiers.

Cette décision est censurée par la première Chambre civile de la Cour de cassation au visa des articles 812, 812-1, 812-4 et 389-3, al. 3 du Code civil.

211. Contrôle du mandataire posthume. Sans préjudice de stipulations contractuelles prévoyant des modalités de contrôle renforcées sur l'administration du mandataire, ce dernier rend compte de sa gestion chaque année et en fin de mandat aux héritiers intéressés ou à leurs représentants et les informe de l'ensemble des actes accomplis. À défaut, une révocation judiciaire peut être demandée par tout intéressé.

Dans la mesure où le mandat aurait pris fin par suite du décès du mandataire, l'obligation de rendre compte de la gestion qui incombe par principe au mandataire incombera alors à ses héritiers et le mandat prendra fin²⁴⁵.

²⁴⁴ Cour de cassation, 1^{re} civ. 12 mai 2010 n° 09-10.556, JurisData n°2010-005870 ; Bull. civ. 2010, I, n° 117 ; AJ fam. 2010. 287 ; Dr. famille 2010, comm. 104, note B. BEIGNIER ; ICP N 2010, n°46, 1351, note J.-G. MAHINGA ; RIFP sept. 2010, p. 36, note J. LEPROVAUX ; Defrénois 2010, art. 39142, note J. MASSIP.

²⁴⁵ Combinaison des articles 812-7 et 812-4 du Code civil.

212. Fin du mandat. L'article 812-4 du Code civil énumère les sept causes pour lesquelles le mandat prend fin :

- L'arrivée du terme prévu par la loi (ou par le mandat s'il est prévu un délai inférieur au délai légal) et à défaut de renouvellement ordonné par le juge.
- La renonciation du mandataire qui libère ce dernier des obligations du mandat, est notifiée aux héritiers intéressés ou à leurs représentants.

Sauf convention contraire entre le mandataire et les héritiers intéressés ou leurs représentants, la renonciation prend effet à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la notification (C. civ., art. 812-6, al. 2). Le mandataire rémunéré en capital peut être tenu de restituer tout ou partie des sommes perçues. En tout état de cause, il sera tenu à des dommages et intérêts en cas de préjudice (C. civ., art. 812-6, al. 3).

- La révocation judiciaire, à la demande d'un héritier intéressé ou de son représentant, en cas d'absence ou de disparition de l'intérêt sérieux et légitime ou de mauvaise exécution par le mandataire de sa mission;

La révocation peut être totale ou partielle.

Elle peut être partielle, soit à raison des héritiers concernés par le mandat (par exemple si le tribunal estime que certains héritiers sont aptes à gérer leur part du patrimoine successoral alors que pour d'autres, le mandat est effectivement fondé sur un intérêt légitime), soit à raison des biens de la succession (lorsque le tribunal estime que le recours à un mandataire n'est légitime que pour tel ou tel bien de la succession dont la gestion requiert des compétences dont les héritiers ne disposent pas).

La révocation judiciaire relève de la compétence du tribunal de grande instance statuant selon la procédure de droit commun.

- La conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume ;

Les héritiers et le mandataire ont en effet la possibilité, d'un commun accord, de substituer au mandat posthume, un mandat conventionnel en application de l'article 813 qui mettra fin au mandat posthume et sera régi par les règles de droit commun du mandat.

- L'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat. Le mandat ne portant que sur la gestion du patrimoine, les héritiers sont seuls

compétents pour décider de l'aliénation des éléments d'actif du patrimoine (sous réserve de ce qui a été dit *supra* sur les pouvoirs de « gestion » du mandataire).

En outre, le mandat n'interdit nullement aux héritiers d'aliéner le patrimoine successoral. Lorsque tous les biens soumis au mandat ont été aliénés, le mandat cesse, faute d'objet.

- Le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire personne physique, ou la dissolution du mandataire personne morale.

Le décès de l'héritier intéressé ou, en cas de mesure de protection, la décision du juge des tutelles de mettre fin au mandat (C. civ., art. 812-4).

B. Les difficultés relatives à l'étendue du mandat

213. Le fait que le mandataire posthume ne puisse aliéner les biens qui forment le mandat pose des difficultés qui pourront parfois être contournées. Une rédaction précise du mandat est la solution la plus adaptée.

Le renvoi par l'article 812-1-4 du Code civil au droit commun du mandat permet au *de cuius* d'investir le mandataire du pouvoir d'aliéner, pourvu qu'il soit exprès (C. civ., art. 1988, al. 2).

Le *de cuius* peut par ailleurs stipuler une clause d'inaliénabilité dans les conditions prévues par l'art. 900-1 c. civ permettant ainsi, au mandataire posthume, qui ne bénéficie pas du droit d'aliéner, d'être assuré que les héritiers ne pourront pas mettre fin au mandat en aliénant les biens.

Le *de cuius* peut également apporter à une société les biens qu'il entend confier au mandataire posthume, de sorte que les actes d'aliénation de ces biens deviennent des actes de gestion sociale dont la compétence appartient au mandataire posthume.

En présence d'un héritier mineur, la faculté de confier à un tiers l'administration des biens donnés ou légués à l'enfant (C. civ., art. 389-3) permet de confier à l'administrateur désigné la faculté de vendre, en respectant toutefois les règles

applicables en matière d'aliénation d'un bien de mineur. La Cour de cassation a confirmé qu'une telle faculté s'appliquera même à la réserve héréditaire²⁴⁶.

Mais en cas de concurrence d'un mandataire désigné par mandat à effet posthume et d'un exécuteur testamentaire, les pouvoirs de l'exécuteur priment sur ceux du mandataire (C. civ., art. 812).

214. Les difficultés pratiques sont beaucoup plus nombreuses en présence d'une entreprise individuelle ou d'une société objet de ce mandat.

L'objectif du mandat posthume est ici de préserver l'intérêt de l'entreprise. Dès lors le choix du mandataire (capacité, âge, compétences) est important. Mais en pratique les pouvoirs « *administration et gestion* » du mandataire posthume ne permettront pas d'exécuter sereinement le mandat.

Le mandataire ne détient pas en principe de pouvoirs de disposition et ne peut donc vendre le fonds. Un pouvoir spécial de vente très précisément motivé par le mandant ne devrait pas être écarté, le seul risque étant celui d'une opposition des héritiers et d'un renvoi devant le juge pour trancher.

Dans la gestion d'un fonds de commerce, certaines décisions de vente seront nécessaires. Par exemple lorsqu'un véhicule indispensable pour l'entreprise et hors d'usage, le mandataire ne peut vendre en vue d'acheter un véhicule neuf, pour faciliter le financement de celui-ci, limiter les frais d'entretien ou d'assurance d'un véhicule en mauvais état.

Cette vente peut être qualifiée d'acte de gestion au bénéfice de la succession. Une interprétation large de la notion de gestion semblerait adaptée mais l'incertitude subsiste. Il faudra donc préférable d'établir un mandat précis et confier au mandataire un mandat de vendre un élément de l'entreprise dès lors que cette cession s'avèrerait opportune, les héritiers conservant la faculté de contester en justice.

A défaut de précision dans le mandat démontrant la volonté claire et ferme du mandant de conférer tous les pouvoirs indispensables afin que la gestion de l'entreprise soit la meilleure, la portée de celui-ci en serait limitée.

²⁴⁶ Cass. 1re civ., 6 mars 2013, n°11-26.728: JurisData n°2013-003729 ; D. BOULANGER, L'enfant gratifié, l'administrateur aux biens et la réserve héréditaire: JCP N 2013, n°18, 1121.

Face à une difficulté de trésorerie susceptible de mettre en danger l'avenir de l'entreprise, le mandataire ayant besoin de recourir à un concours bancaire ne pourrait-il fournir la garantie exigée par la banque (donner le fonds en garantie) sous peine de se voir refuser le financement? Pourrait-on qualifier cette décision d'acte de gestion ?

Dans le cas de la tutelle ou de la curatelle, ce type de garantie fait partie des actes conservateurs²⁴⁷. Pour contourner ce problème pratique il est également conseillé de détailler dans le mandat les pouvoirs du mandataire et de lui confier un mandat de donner en garantie, à condition d'encadrer ce pouvoir spécial et de le justifier par le seul intérêt d'assurer le maintien de l'exploitation.

215. Dans le cadre d'une société, les effets d'un mandat à effet posthume, peuvent être complètement détruits si d'autres dispositions n'ont pas été prévues. Selon certains auteurs²⁴⁸, « *le mandat à effet posthume semble assez inadapté s'il porte sur des droits sociaux. Au mieux il risque de se révéler d'une utilité limitée, au pire, dépourvu de toute efficacité* ». Le mandat à effet posthume est mis en place à l'avance, il faudra donc organiser s'il y a lieu l'intégration du mandataire dans la société ainsi que le transfert du pouvoir de direction de la société.

Il n'existe pas pour le mandat à effet posthume de publicité spéciale, ce qui peut être problématique dans la mesure où une information des autres associés non visés par le mandat serait nécessaire.

Sauf dispositions contraires dans le mandat qui auraient pour objectif de réduire les pouvoirs du mandataire, celui-ci exercera lors des assemblées le droit de vote dont bénéficient classiquement les associés afin d'approuver les comptes, affecter les résultats, distribuer ou non les dividendes et, plus généralement, pour tout ce qui relève de l'administration ou de la gestion des titres.

²⁴⁷ D. n°008-1484, 22 déc 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris pour application des articles 452, 496 et 502 du Code civil. - TH. FOSSIER, « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées » : JCP N 2009, n°1-2, act. IOI.

²⁴⁸ A. AYNES, « L'administration de la succession par autrui », JCP N 2008, n° 29, 1246 ; A. REYGREBOLLET, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés, le cas du mandat à effet posthume », JCP N 2009, n°52, 1360.

Si le mandataire dispose du pouvoir de décider d'une distribution de dividendes, il n'a pas pour autant le pouvoir de percevoir ces dividendes, les héritiers restant seuls titulaires des droits financiers attachés à leur qualité d'associé.

Le mandataire ne pourra pas non plus prendre part au vote lorsque l'acte est assimilé à un acte de disposition, notamment un vote sur la dissolution de la société, la prorogation de sa durée, une fusion ou une scission.

La liste des actes de disposition n'est pas clairement établie sauf à retenir la seule à ce jour publiée en matière de personnes protégées²⁴⁹. Mais la difficulté ne sera pas pour autant réglée car les actes visés sont classés dans la catégorie des actes de disposition donc le mandataire posthume ne pourra pas les faire.

Par exemple, entrent dans cette catégorie les votes sur les ordres du jour suivants: reprise des apports, modification des statuts, prorogation ou dissolution du groupement, fusion, scission, apports partiels d'actifs, agrément d'un associé, augmentation et réduction de capital, changement de l'objet social, emprunt et constitution de sureté, vente d'un élément d'actif immobilisé, aggravation des engagements des associés, maintien dans le groupement, cession et nantissement de titres.

Le mandataire n'ayant pas le pouvoir d'aliéner les biens objet du mandat, il ne dispose pas de la faculté de céder la société.

216. Ainsi, certaines difficultés pourront être résolues par une rédaction précise du mandat à effet posthume, pour autant la difficulté tenant à l'étendue des pouvoirs du mandataire nécessaires à la réalisation de sa mission demeure, limitant ainsi la portée de ce mandat.

Le rôle du notaire dans la rédaction de mandat posthume sera fondamental car il permettra de veiller à au mieux à la mise en œuvre d'un mandat efficace en envisageant les hypothèses de blocages. Il sera conseillé et anticiper tous les éléments qui ne seraient pas adaptés, notamment l'âge, la capacité du ou des mandataires, les éventuels diplômes ou compétences nécessaires pour gérer, les incompatibilités liées au mandataire lorsque ce dernier est par exemple fonctionnaire lequel ne peut avoir une activité commerciale.

²⁴⁹ D. n°2008-1458, 22 déc. 2008.

Cependant à la différence des autres mandats, la révocation judiciaire ne viendra pas du mandat mais des ses héritiers.

217. En conclusion. Le mandat à effet posthume est fondé sur la confiance qu'accorde le mandant à une personne afin qu'elle gère les biens, sans transfert de propriété, au même titre que les mandataires cités dans la présente étude.

De même, le mandataire posthume est nommé pour administrer provisoirement la succession, la durée de son mandat étant limitée, ainsi que son étendue.

Tous ces éléments se rapprochent de l'administrateur *ad hoc*, du mandataire judiciaire successoral mais également du mandataire *ad hoc*.

SECTION II. LES NOUVELLES REPRÉSENTATIONS DE LA VOLONTÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

218. L'incapacité ou le décès du mandant, loin de rendre le mandat caduc, constituent le fait générateur de l'exécution du mandat de protection future (C. civ., art. 481) et du mandat à effet posthume (C. civ., art. 812).

En effet, ils permettent la représentation d'une personne sous l'empire d'un trouble psychique ou physiologique ou d'une personne décédée, qui n'est alors plus en mesure d'exprimer sa volonté ; le contrat bien que conclu antérieurement prend effet spécifiquement au jour de la disparition de la volonté du mandant. Cette absence de volonté du mandant lors de l'exécution du mandat est le trait commun de ces deux mécanismes.

Or le mandat conventionnel de droit commun ne permet pas, en principe, la représentation d'une volonté disparue puisqu'il assure la représentation d'une personne qui conserve la possibilité d'accomplir elle-même l'acte juridique visé au mandat et qu'il s'éteint au jour du décès ou de l'incapacité de l'une des parties (C. civ., art. 2003). Seul le droit des incapables instaure un système de représentation légale qui a justement pour objet d'assurer la représentation d'individus qui ne sont plus en mesure d'exprimer leur volonté.

La protection de la personne affaiblie est au coeur des régimes légaux de représentation mais elle est tout à fait étrangère au système de représentation conventionnelle. L'absence de volonté du mandant durant l'exécution du mandat paraît donc de prime abord en totale contrariété avec la théorie générale du contrat de mandat.

219. En utilisant le terme « *mandat* » pour désigner ces nouveaux mécanismes, le législateur souhaitait instaurer un système conventionnel de représentation en droit de la famille afin de permettre à une personne d'organiser elle-même sa protection ou celle de l'un de ses proches dont elle a la charge ou encore, d'assurer la gestion pérenne de ses biens par la désignation d'un représentant de confiance (**A**).

Le représentant doit donc agir selon les directives du mandant malgré son affaiblissement ou son décès, de sorte que l'on peut légitimement se demander si

les nouveaux modes de représentation n'assurent pas la survie fictive de la volonté du représenté (**B**).

A. La représentation conventionnelle confrontée à la disparition de la volonté en droit de la famille

220. Fondements. L'article 2003, alinéa 3 du Code civil dispose que le mandat finit « *par la mort naturelle ou civile, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire* ». À l'origine, le contrat de mandat s'apparentait au service d'ami²⁵⁰.

Le mandataire gérait les affaires du mandant dans son intérêt, sa mission lui ayant été confiée eu égard aux liens d'amitié et de confiance qui les liaient.

Dès lors, cette dimension amicale qui a imprégné le contrat de mandat, même si ce contrat s'est professionnalisé, lui confère encore aujourd'hui sa particularité traduite par la reconnaissance de son caractère **intuitu personae**.

Ce trait rejaillit notamment sur le terme de ce contrat qui s'éteint en principe nécessairement en cas d'incapacité ou de mort de l'un des deux contractants (C. civ., art. 2003).

L'apparition de ces nouveaux dispositifs dans notre droit conduit à se demander si le mandat de droit commun peut continuer à recevoir exécution postérieurement au décès ou à l'incapacité du mandant, c'est-à-dire si l'existence et la persistance d'une volonté parfaite est de l'essence du mandat.

Réfléchir sur la nature de l'article 2003 du Code civil peut permettre de résoudre cette interrogation. À ce propos, un ancien arrêt de la Cour d'appel de Paris avait affirmé le caractère supplétif de l'article 2003 du Code civil.

²⁵⁰ Sa nature s'est quelque peu modifiée au fil des siècles pour complètement disparaître durant l'époque franque. Il a fait son retour au XIXe siècle avec la nécessité pour l'Église de se faire représenter par un procureur pour plaider devant les tribunaux laïques. Il s'agissait donc d'un mandat *ad litem*. Le mandat *ad negotium* n'a fait son retour dans le droit laïc qu'au XIIe siècle.

221. Au regard de la théorie classique de la représentation qui considérait la représentation comme une fiction selon laquelle le représenté manifeste sa volonté par l'intermédiaire du représentant²⁵¹, la disparition de la volonté du représenté soulève d'après difficultés. Le représentant ne peut représenter une volonté disparue. Selon cette interprétation, la disparition de la volonté en cours d'exécution du mandat doit entraîner nécessairement sa caducité²⁵². Cette doctrine est aujourd'hui rejetée²⁵³ au profit d'une analyse moderne de la représentation²⁵⁴.

222. L'acte juridique est ainsi composé de trois éléments : le droit exercé, l'exercice de ce droit et les effets de droit qui en résultent.

Si en principe, une seule personne cumule ces qualités, la représentation vient opérer une dissociation entre la jouissance du droit, réservée à son titulaire, et son exercice, conféré au titre du pouvoir délégué au représentant²⁵⁵.

Le représentant exerce le droit du représenté auquel sont imputés les effets de l'acte. La représentation est donc un mode particulier d'exercice d'un droit

²⁵¹ M. BOYER, Essai sur la représentation dans les actes juridiques, Thèse, Toulouse, GIMET-PISSEAU, 1898, p. 4 ; P. BOUQUIER, Étude générale de la représentation dans les actes juridiques, Thèse, Montpellier, 1899, FIRMIN ET MONTANE, p. 22 ; E. MAGNIN, De la représentation, Thèse, Paris, 1899, p. 6 ; J.-E. LABBE, Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires, Paris, 1856, p. 11.

²⁵² Pour une critique de cette théorie, v. not. G. WICKER, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1996, n° 52, p. 62.

²⁵³ Nous n'évoquons pas les théories également rejetées qui ont tenté d'établir que la représentation était une modalité de l'acte juridique : v. not. H. LEVY-HULLMANN, La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques, Acta Academiae universalis jurisprudentiae, T. I, La Haye, 1927. R. POPESCO-RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, Thèse, Paris, 1927, p. 217, ou qu'elle est une conséquence du dédoublement de la structure de l'obligation en un lien personnel entre le représentant et le tiers et en un lien patrimonial entre le représenté et le tiers ; v. CLARISSE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, Thèse, Lille, 1949, p. 173. E. PILON, p. 48.

²⁵⁴ Cette analyse a été renouvelée par un auteur qui propose de caractériser la représentation au travers des notions d'intérêt et d'imputation : la représentation est un mécanisme d'imputation dérogatoire fondé sur la définition de l'intérêt d'une personne (le représenté) par une autre (le représentant) : v. PH. DIDIER, De la représentation en droit privé, LGDJ 2000. Cependant nous ne retiendrons pas cette dernière interprétation dans la mesure où elle écarte une approche de la notion de représentation faite par référence avec le mandat, au pouvoir et à la volonté.

²⁵⁵ Sur la notion de pouvoir, v. not. E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, préf. G. CORNU, Economica, 1985, G. WICKER, nos 58 et s., p. 66 et s. ; et plus généralement sur la distinction entre droits, libertés, facultés, fonctions, pouvoirs : v. P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, D. 1963, p. 145 et s.

subjectif qui correspond à une forme particulière de réalisation d'un acte juridique.

B La survie fictive de la volonté disparue opérée par la représentation conventionnelle en droit de la famille

223. Le législateur souhaitait indéniablement placer la volonté du représenté au coeur des mécanismes même si elle fait précisément défaut. Par le biais d'une fiction juridique, **la volonté des défunts et des incapables est respectée.**

Le mandat de protection future offre une nouvelle technique de soutien de la volonté de l'incapable, une protection supplémentaire à la personne qui n'est pas placée sous un régime de protection permanent mais dont la volonté est altérée ou fait totalement défaut en raison d'une altération de ses facultés mentales ou physiques.

Technique conventionnelle, et non légale, de soutien d'une volonté disparue, ce nouveau mandat organise une survie fictive de la volonté du représenté par l'action du représentant.

224. La fiction est plus évidente dans le mandat de protection future « *pour autrui* ²⁵⁶ ». Le représentant doit agir dans l'intérêt de la personne désignée par le représenté non pas conformément à sa propre volonté, mais toujours conformément à la volonté supposée du représenté. Il ne s'agit pas de transférer « *la charge* » de l'enfant handicapé devenu majeur à une personne qui agira à sa guise, selon ses propres choix.

La personne choisie est gardienne de la volonté du représenté dans l'exécution de sa mission à l'égard du bénéficiaire.

²⁵⁶ Le mandat de protection future peut en effet être utilisé par les parents d'un enfant handicapé pour organiser à l'avance la protection juridique de leur enfant devenu majeur, en désignant la ou les personnes chargées de sa protection et en établissant les clauses du mandat. Le mandat prendra effet lorsque les parents seront décédés ou dans l'impossibilité d'assumer la charge de leur enfant. V. articles 477 à 480 du nouveau Code civil et le rapport de E. BLESSIG, Rapport n° 3557.

La fiction réside dans le fait que l'action du représentant est toujours sous la coupe de la volonté du représenté bien que celle-ci a en réalité disparu. La volonté survit pour s'assurer de la protection du tiers désigné.

225. Dans le cadre du mandat à effet posthume, la fiction est, pour reprendre l'expression d'un auteur, une « *super-fiction* » puisque il ne s'agit plus d'assurer la représentation d'une personne malade, mais d'une personne décédée nécessairement privée de sa personnalité juridique. Par cette représentation, il s'agit de permettre encore la survie de la volonté. La différence avec le testament paraît alors ténue mais il n'en est rien.

226. Les récentes réformes permettent à la personne aux facultés affaiblies d'être davantage, et plus que jamais, associée à sa protection ; le mort est désormais autorisé à organiser lui-même ses affaires postérieurement à son départ pour l'au-delà...

Le désir de renforcer la protection de la personne de l'incapable et de faciliter la gestion posthume du patrimoine du défunt a conduit le législateur à accroître les pouvoirs de la volonté de l'individu en droit de la famille. L'essor du volontarisme dans cette matière s'inscrit dans un contexte juridique général de recul du libéralisme et renforce ainsi son caractère paradoxal.

227. Dans un contexte où le recul du libéralisme illustré aujourd'hui par une multiplication des contrats d'adhésion²⁵⁷, des contrats types, des contrats dirigés²⁵⁸, atteint un degré tel que certains auteurs redoutent que le contrat tel qu'il est conçu par le Code civil ne devienne une curiosité théorique, l'essor du pouvoir de la volonté individuelle en droit de la famille peut paraître paradoxal.

²⁵⁷ Ce terme est employé dès 1900 par Saleilles in La déclaration de volonté, article 133, n°89. Sur ce point, v. égal. G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1976 ; M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel), JCP G 1979. I. 2952.

²⁵⁸ V. not. JOSSERAND, Le contrat dirigé, DH 1933, chron., p. 89 et s.

228. La condition de « *l'intérêt réel et sérieux* » qui préside à la formation de ces nouveaux mandats et perdure pendant leur exécution²⁵⁹, ou encore la forme authentique comme condition *ad validitatem*²⁶⁰ limitent l'autonomie de la volonté et préservent l'intérêt des tiers et notamment des proches du représenté.

Le mandat de protection future et le mandat à effet posthume assure la survie fictive d'une volonté, mais d'une volonté « *surveillée par la loi* » ou plus exactement par le juge.

²⁵⁹ La disparition de l'intérêt réel et sérieux est une cause de révocation judiciaire du mandat à effet posthume sur demande d'un héritier ou de son représentant, v. C. civ., art. 812-4, 3°.

²⁶⁰ Pour le mandat à effet posthume : v. C. civ., art. 812-1-1, al. 3. Pour le mandat de protection future «pour autrui» : v. C. civ., art. 477, al. 4. Pour le mandat de protection future «pour soi-même», la forme authentique n'est pas une condition *ad validitatem* mais elle confère des pouvoirs plus étendus au mandataire : v. C. civ., art. 492 à 494.

Conclusion de la première partie

229. Les conflits, les blocages, sont les conditions de nomination d'un mandataire *ad hoc*, administrateur *ad hoc*, tuteur *ad hoc* ou curateur *ad hoc*.

La mission commune à ces différents mandataires, professionnels nommés par le juge, est de représenter une des parties dans une situation particulière dans une durée limitée afin de trouver une issue rapide et efficace au blocage ou conflit.

Dans le cadre du mandat posthume ou du mandat de protection future, le mandataire n'intervient pas dans des hypothèses de conflit ou de blocage.

Le rôle de représentation du mandataire *ad hoc* est donc plus spécifique à certaines branches du droit. L'hétérogénéité constatée des statuts des différents mandataires intervenant dans ces matières de façon *ad hoc* n'a pas permis de dégager un statut homogène du mandataire *ad hoc*.

Pour tendre à une unicité des statuts, il faudrait pouvoir envisager l'idée de ne retenir qu'un seul texte qui pourrait fonder la désignation du mandataire *ad hoc* aussi bien en matière du droit des sociétés, commercial, copropriété, successoral, droit des mineurs. Dans ce dernier cas la désignation de l'administrateur *ad hoc* repose sur des textes pénaux, civils et administratifs.

230. Il existe cependant d'énormes similitudes entre ces différents mandataires.

En effet les conditions de nomination prévoient souvent des incompatibilités, une réglementation plus ou moins stricte. De même la rémunération est quasiment toujours contrôlée. La tâche est ponctuelle. En général un délai est prévu et une révocation possible.

Même si certains mandataires sont nommés en cas de conflit d'intérêts ou de blocages et d'autres pour d'autres raisons, le régime n'est pas si différent.

En revanche, celui du Livre VI du Code de commerce est dérogatoire.

Dans le domaine des entreprises en difficultés et des copropriétés en pré difficulté, bien que le rôle de représentation soit également présent, la mission principale du mandataire *ad hoc* reste **la négociation**.

DEUXIÈME PARTIE.

LE MANDATAIRE *AD HOC*, UN RÔLE DE NÉGOCIATION

231. En droit des affaires : démarche préventive. Les modes alternatifs de résolution des conflits ou destinés à les éviter trouvent toute leur place dans les procédures conventionnelles prévues par la loi, aussi bien que dans la procédure de sauvegarde proprement dite.

L'accomplissement de la volonté du législateur suppose que l'approche s'effectue dans l'esprit de la loi, que sa finalité qui est de sauvegarder l'entreprise, d'assurer sa continuité, de préserver les emplois et les droits des créanciers ne soit jamais occultée.

Il y a plusieurs décennies, pour pallier les inconvénients de l'administration provisoire, il fut imaginé par les juridictions consulaires de recourir au mandat *ad hoc* pour servir la prévention principalement en négociant avec les différents créanciers pour trouver une solution amiable.

Ce fut un succès, en raison des nombreux avantages du mandat *ad hoc* : le dirigeant n'est pas dessaisi ; il n'y a pas de publicité ; la procédure se caractérise, de manière générale, par sa souplesse.

La détection précoce de ces difficultés permet de réagir rapidement et de mettre en place des mesures de redressement, c'est pourquoi elle ne cesse d'être développée et encouragée.

La loi de sauvegarde des entreprises a eu le grand mérite de promouvoir la culture de l'anticipation et d'inviter les opérateurs économiques à user de la prévention en lui donnant toute son ampleur²⁶¹. Elle porte en elle un changement culturel profond qui concerne l'ensemble des acteurs : les entreprises, les créanciers et les tribunaux de commerce, juges de l'économie.

232. En matière de copropriété en pré difficultés : démarche préventive. Le traitement des copropriétés en difficultés est prévu dès la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994. Jusque là il s'agissait uniquement de copropriétés en grande difficulté. Elle prévoit en effet qu'en cas de grandes difficultés, si la copropriété peut être sauvée et si les copropriétaires montrent leur bonne volonté, on peut instituer un plan de

²⁶¹ I. ROHART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention » : Gaz. Pal. 2009, 2, doct. p. 741

sauvegarde. La loi n° 2009-323 du 25 mars 2009²⁶² de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion dite loi Boutin ou MOLLE, a introduit la notion de copropriété en pré-difficulté, avec deux nouveaux articles 29-1 A et 29-1 B dans la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis.

Pour faire face à des problèmes financiers croissants des copropriétés, une procédure d'alerte préventive est mise en place par la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

La démarche se rapproche alors fortement de ce que l'il existe dans le cadre des entreprises en difficulté. L'exposé des motifs de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 faisait d'ailleurs état de « *dispositions devant permettre de répondre en amont aux problèmes financiers d'une copropriété avant qu'il ne devienne difficile et coûteux d'y remédier* ».

233. Les mandataires *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce et en matière de copropriété jouent ainsi un rôle de négociation financière avec les créanciers (**Titre I**). L'importance du choix du professionnel qui sera amené à exercer cette fonction est soulevée. En matière d'entreprises en difficultés la loi autorise le débiteur à proposer le nom d'un mandataire, ce qui est cohérent avec l'indispensable relation de confiance qui doit exister entre le chef d'entreprise et le mandataire désigné.

Par ailleurs, le mandat *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce connaît un franc succès car c'est une procédure simple, souple et confidentielle ; contrairement à la procédure de nomination du mandat *ad hoc* en matière de copropriété qui est publique et plus rigide. Les atouts incontestables en termes de souplesse et de coûts, même si on ne dispose pas de suffisamment de recul pour apprécier sa juste valeur, du mandataire *ad hoc* en matière d'entreprises en difficultés seront alors abordées (**Titre II**).

²⁶² P. CAPOULADE, Administrer juin 2009. 10 et s ; Atias, AJDI 2009. 284 ; Ann. loyers, n° 6, juin 2009 ; L. PINET ET V. SOUJED, Revue Bleue, avr. 2009. 40 et s. ; V. aussi C. SABATIÉ, Copropriété 2009/2010, Delmas, 20e éd., p. 310 et s.

234. Projets de réforme. Des réformes du droit des entreprises en difficulté et en matière de copropriété sont envisagées.

En matière des entreprises en difficultés, des propositions concrètes ont été effectuées, notamment en ce qui concerne la prévention²⁶³.

Un pacte pour la croissance, la compétitivité et l'emploi a été présenté par le premier ministre le 6 novembre 2012. L'objectif est de présenter des travaux tendant à rendre plus efficace la justice commerciale.

Le Ministère de la justice a donc lancé une consultation qui s'inscrit dans le cadre de ce pacte national en vue d'auditer et, au besoin, de réformer certaines dispositions du livre VI du code de commerce.

Après un rapport parlementaire du 24 avril 2013 sur la réforme des tribunaux de commerce, un rapport de synthèse a été établi par la Chancellerie, notamment pour faire le point sur les pistes retenues sur la réforme de la prévention des entreprises en difficulté²⁶⁴. Le bilan a été de repreciser que le dirigeant d'entreprise devait être incité à traiter ses difficultés le plus en amont possible, ce qui implique une clarification des règles encore plus développée, une vision réaliste de sa responsabilité et de la sécurité juridique qu'il recherche.

En matière de copropriété, la ministre de l'égalité des territoires et du logement a présenté un projet de loi pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové (ALUR) au Conseil des ministres du 26 juin 2013. L'article 26 du projet prévoit la modification de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis afin d'améliorer la gouvernance et la gestion de la copropriété et de prévenir son endettement. Ce projet de loi a pour objet d'anticiper les difficultés et rendre plus efficace l'intervention du mandataire *ad hoc* des copropriétés²⁶⁵.

²⁶³ Colloque centre de droit des affaires 15 nov. 2013 : « La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme », organisé par l'Association des Juristes de la Défaillance Économique (AJDE) et le Centre de droit des affaires d'Université Toulouse 1 Capitole (CREDIF)

²⁶⁴ V. supra p. 316

²⁶⁵ V. supra p. 315

TITRE I.

LE RÔLE DE NÉGOCIATION DU MANDATAIRE *AD HOC*

235. Les procédures en matière de difficultés des entreprises ont été nettement clarifiées depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

Le mandat *ad hoc* et la conciliation constituent les mesures importantes de la loi de sauvegarde de 2005 laquelle met donc clairement l'accent sur le développement d'une culture de prévention et de détection en amont des difficultés des entreprises.

Aujourd'hui, les plus belles réussites de traitement des difficultés des entreprises se font dans le cadre de procédures amiables, confidentielles.

Ces procédures fonctionnent puisqu'elles donnent du temps à la négociation avec l'ensemble des partenaires de l'entreprise et permettent, dans la plupart des cas, le sauvetage de l'entreprise en difficulté dans un cadre souple et confidentiel.

236. Culture de la prévention. La particularité réside notamment dans le fait qu'il s'agit de mesures volontaristes que seul le chef d'entreprise peut décider de mettre en oeuvre pour sauver son entreprise.

Le dirigeant prend les décisions de gestion qu'il estime utile et dispose par ailleurs de moyens juridiques, d'outils de prévention pouvant lui permettre de trouver des solutions en cas de difficultés rencontrées.

L'un des objectifs de la loi de sauvegarde est d'inculquer aux dirigeants la culture de la prévention. Le but est de prendre les mesures adéquates en amont et le plus tôt possible.

Comme l'écrit le président Drummen « *la culture de l'anticipation implique un changement culturel profond. Le chef d'entreprise qui fuyait le tribunal est invité aujourd'hui à pousser la porte du tribunal dès que les premiers signaux d'une difficulté apparaissent*²⁶⁶ ».

La création prétorienne qui est à l'origine de cette pratique repose sur une constatation : lorsque l'entreprise éprouve des difficultés, créanciers et fournisseurs redoublent de prudence et ne veulent prendre aucun risque nouveau.

Une telle situation conduit à un blocage qui, à lui seul, peut entraîner la cessation des paiements.

²⁶⁶ J.-B. DRUMMEN, "La rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs", BJS, 2011, n°4, §121, p. 283.

Celle-ci peut être évitée si une personne extérieure aux parties, ayant leur confiance et agissant dans le cadre d'un mandat de justice, participe à la recherche des solutions et à leur mise en oeuvre.

237. Le choix du mandataire *ad hoc* est primordial (**Chapitre 1**) puisque ce dernier va résoudre certaines difficultés mais aussi, et surtout, assurer la négociation des dettes avec les créanciers (**Chapitre 2**), ce qui conditionne souvent la survie d'une entreprise.

En matière de copropriétés, le constat est le même ; néanmoins, certaines différences apparaissent dans ce domaine, en ce qui concerne notamment les auteurs du déclenchement de la procédure de nomination d'un mandat *ad hoc* plus nombreux, mais également l'objet de sa mission. La nomination du mandataire *ad hoc* est par ailleurs obligatoire contrairement au mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce.

CHAPITRE I.

LE CHOIX DU MANDATAIRE *AD HOC*

238. Le Président du tribunal se prononce par ordonnance. S'il fait droit à la demande, il dispose d'un pouvoir souverain pour la désignation du mandataire *ad hoc*.

En matière d'entreprises en difficultés, le débiteur peut, cependant, proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* ; pratique consacrée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

Généralement, le mandataire *ad hoc* nommé est un mandataire de justice, souvent un administrateur judiciaire, disponible pour une exécution personnelle du mandat, jouissant de la confiance du tribunal et des parties et ayant une bonne pratique de la négociation dans les entreprises en difficulté ou les copropriétés.

On notera à ce sujet que, après bien des hésitations, le législateur a finalement renoncé à instaurer une obligation d'assurance de responsabilité civile pour les personnes assurant la fonction de mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce.

En matière de copropriété, la nomination d'un mandataire *ad hoc* est obligatoire, contrairement à la nomination du mandataire *ad hoc* de la loi de sauvegarde qui n'est qu'une simple faculté pour le débiteur.

239. La légitimité du mandataire *ad hoc* dans le cadre de la prévention des difficultés réside principalement dans son choix. En matière de copropriété en pré-difficultés, le législateur n'a pas prévu des incompatibilités et des règles de fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc* comme dans le Livre VI du Code de commerce (**Section I**). Cependant, la demande de nomination du mandataire *ad hoc* obéit à un formalisme précis dans la loi de sauvegarde et dans les copropriétés en pré-difficultés (**Section II**).

SECTION I. LA NOMINATION D'UN MANDATAIRE *AD HOC*

240. Une pratique consacrée légalement. En pratique, déjà, avant l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, certains tribunaux permettaient au dirigeant de choisir leur mandataire, sous le contrôle du président²⁶⁷.

Cette pratique est aujourd'hui fort opportunément consacrée par la réforme de 2008, qui prévoit désormais expressément que le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc*.

L'ordonnance qui désigne le mandataire *ad hoc* définit l'objet de sa mission qui est adaptée aux circonstances, peut être complétée ou modifiée et fixe les conditions de sa rémunération.

241. Le ministère public. La décision de nomination n'a pas à être transmise au ministère public. Les praticiens se satisfont de cette confidentialité.

Aussi faut-il se réjouir que le gouvernement ait abandonné l'idée qu'avait traduite l'avant-projet d'ordonnance, de rendre obligatoire la communication de la décision de désignation au ministère public²⁶⁸.

Cette « *transparence* » aurait, en effet, pu dissuader certains chefs d'entreprise, alors même que le mandat *ad hoc* est souvent le prélude de la sauvegarde que le gouvernement souhaitait rendre plus attractive.

Toutefois, si le débiteur est déjà en état de cessation des paiements, depuis moins de quarante-cinq jours, lorsqu'il demande la nomination d'un mandataire *ad hoc*, il n'aurait pas été choquant que cette désignation ait été communiquée au Ministère public.

Le débiteur en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ne peut plus demander la nomination d'un mandataire *ad hoc* et a obligation de déclarer cet état. A défaut, le Ministère public, présent à tous les stades des

²⁶⁷ W. FEUGÈRE, La Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, déc. 2004, p. 17.

²⁶⁸ A. LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficultés : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, chron. 110.

procédures collectives, est alors informé par le Président du tribunal. Le contrôle du ministère public est donc légitimé pour faire respecter une obligation légale d'ordre public.

Le choix du mandataire *ad hoc* dans le cadre de la prévention des difficultés entreprises est important pour la pérennité de cette dernière (§1). Sa rémunération est contrôlée et il existe des incompatibilités (§2). Les incompatibilités et la rémunération du mandataire *ad hoc* en matière de copropriété n'étant pas prévues, seul sera abordé dans cette section le mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce.

§ 1. LE CHOIX DU MANDATAIRE *AD HOC*

242. Le recours à un professionnel reconnu (A) ainsi que les incompatibilités légales existantes participent de la réussite de la mission du mandataire *ad hoc* (B).

A. Un professionnel « reconnu »

243. Le principe et la pratique. Le législateur a prévu le principe de liberté dans le choix du mandataire *ad hoc*. En pratique et majoritairement, le mandataire *ad hoc* est choisi sur la liste des administrateurs judiciaires, mais ce n'est pas une obligation.

Les créanciers seront, en effet, plus enclins à négocier si la personne désignée a une certaine crédibilité. Leur nomination est aussi justifiée par le constat que si une procédure collective est ouverte suite à l'échec des négociations préventives, l'administrateur qui aura déjà une connaissance approfondie de la situation sera désigné comme organe de la procédure assurant ainsi une certaine continuité dans le traitement des difficultés de l'entreprise.

En outre un administrateur est, de par sa profession déjà assuré professionnellement, bien que le Code de commerce n'exige finalement pas que le mandataire *ad hoc* contracte une assurance spécifique.

Cependant, depuis la loi 28 mars 2011, l'administrateur judiciaire désigné dans le cadre d'une procédure collective, a l'obligation de signaler au ministère public un crime ou d'un délit constaté dans l'exercice de ses fonctions. La question qui se pose est de savoir si un administrateur, nommé mandataire *ad hoc*, agit dans l'exercice de ses fonctions. Si tel est le cas, il est certain que ce texte paraît porter atteinte au principe de confidentialité auquel est tenu le mandataire *ad hoc*²⁶⁹. Cette loi nouvelle peut donc être considérée comme un obstacle à la nomination d'un administrateur.

Le président du tribunal peut désigner toute autre personne dont la compétence est particulièrement adaptée à l'affaire et qui est choisie en fonction de sa qualité et de ses capacités spécifiques. Il pourrait exercer la même activité professionnelle que le débiteur²⁷⁰.

Malgré les avantages que peut présenter le choix d'un mandataire *ad hoc* proche géographiquement, le président du tribunal ne peut exclure la désignation d'un mandataire « *extérieure* », en particulier si le débiteur en fait la demande.

244. Proposition du débiteur. Dans le silence des textes, rien ne semblait s'opposer, avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, à ce que le chef d'entreprise propose au président du tribunal son mandataire *ad hoc*²⁷¹. La pratique était en tout cas en ce sens et la solution est à présent officialisée²⁷².

La proposition, formulée par le débiteur, d'un professionnel de son choix est donc fréquente. Les textes laissent toute liberté au président du tribunal de retenir ou non cette proposition. Mais lorsque le débiteur propose un mandataire *ad hoc* à la désignation du président du tribunal, il doit préciser son identité et son adresse.

²⁶⁹ C. com., art. L. 814-12 (réd. L. n°2011-331 du 28 mars 2011). Sur ces points, V. CH. DELATTRE, *Leden* 2011/6, n°103, p.2 ; CH. DELATTRE, « Les obligations des administrateurs et mandataires judiciaires en matière de révélation », *BJE*, 01 septembre 2013 n° 5, P. 309.

²⁷⁰ Voir en ce sens pour un avocat : R. MARTIN et P. NEVEU, *L'application à la profession d'avocat de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises*, *JCP E* 2006, 1764

²⁷¹ B. BOUQUET, « Mandat *ad hoc* et conciliation : un outil juridique rénové », *RJ com.* 2008. P. 12.

²⁷² Art. L. 611-3, al. 1er et R. 611-18 du Code de commerce.

Il a été soutenu que la faculté offerte au débiteur de proposer au président du tribunal le nom d'un professionnel lui ouvre un recours, si ayant proposé le nom d'un mandataire *ad hoc*, le débiteur se voit imposer un autre mandataire²⁷³.

Quoiqu'il en soit, il aurait été opportun pour tenir compte du caractère volontariste du mandat *ad hoc*, de prévoir que le président du tribunal, qui ne suit pas la demande de désignation de tel mandataire *ad hoc* suggérée par le débiteur, motive sa décision, ce qui n'est pas le cas actuellement.

L'article 3 du décret d'application de l'ordonnance de réforme complète en ce sens l'article R. 611-18 du Code de commerce, en disposant que : « *Lorsque le débiteur propose un mandataire ad hoc à la désignation du président du tribunal, il précise son identité et son adresse* ». La pratique de la plupart des juridictions est néanmoins de suivre dans la mesure du possible le choix proposé.

Pour autant, un certain contrôle nous paraît relever des missions du juge chargé de conduire l'entretien. Le dirigeant est ainsi interrogé pour s'assurer que son choix n'a pas été dicté, même indirectement, par certains créanciers et qu'il a rencontré au moins une fois le professionnel qu'il propose. Ce choix doit respecter les incompatibilités prévues par le législateur.

Si le mandataire peut être selon la formule consacrée « *le voisin de palier* », l'usage reste de nommer généralement des administrateurs ou mandataires judiciaires du ressort de la juridiction présents au tribunal, lesquels disposent d'une compétence désormais établie pour traiter la restructuration de dossiers importants.

L'ordonnance d'ouverture désignant le mandataire vise donc explicitement une personne dûment identifiée, pour une mission qui lui est alors confiée *intuitu personae*.

Le statut de mandataire *ad hoc* prévoit également un certain nombre d'incompatibilités.

²⁷³ F. PEROCHON ET R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 9^e éd., 2011, LGDJ. 9^e éd., n° 59 et n° 73.

B. Les incompatibilités

245. Renforcement des incompatibilités. La loi de sauvegarde des entreprises aligne le régime de nomination du mandataire *ad hoc* sur celui du conciliateur, en introduisant des incompatibilités, afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts. Le régime des incompatibilités a ainsi été renforcé.

Le dispositif d'incompatibilités permet d'exclure des personnes ayant un intérêt commun avec un créancier du débiteur.

L'article 611-13 alinéa 1 du Code de commerce interdit ainsi au président du tribunal de nommer en qualité de mandataire *ad hoc* : « *Une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce se soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16* ».

Le mandataire *ad hoc* désigné doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'il ne rentre pas dans l'une des interdictions visées au texte. Cette attestation sera fournie par le mandataire au moment où il indique au président du tribunal l'acceptation de la mission confiée²⁷⁴.

Ces incompatibilités permettent d'éviter de nommer une personne ayant été prestataire de service du débiteur, voire salariée de celui-ci, pendant la période antérieure à la désignation comme mandataire *ad hoc*, ce qui nuirait à la neutralité que sa fonction requiert et n'inciterait pas les créanciers à répondre à ses sollicitations.

246. Cas des juges consulaires. L'article L. 611-13, alinéa 2, du Code de commerce interdit également au président du tribunal de nommer en qualité de mandataire *ad hoc* un juge consulaire en fonction, pour des raisons déontologiques, mais aussi d'impartialité, ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans. Peu importe que les magistrats consulaires exercent ou non dans le ressort du tribunal ayant à connaître de la procédure.

²⁷⁴ Art. R. 611-20, al. 3 du Code de commerce,

Il est essentiel que le mandataire *ad hoc* ait la confiance du tribunal et des parties et une très bonne connaissance du droit et de la pratique des entreprises en difficulté, ce qui est le cas des anciens magistrats consulaires qui peuvent donc être nommés mandataire *ad hoc*. Il doit être très disponible en raison de la nécessité d'agir vite. Ce mandat est personnel.

247. Mise en cause de la responsabilité et assurance. Le législateur a mis en place des incompatibilités mais n'a pas prévu de sanction en cas de violation de celles-ci. Dans cette hypothèse, il est probable que le mandataire *ad hoc* soit remplacé et que sa responsabilité civile soit engagée.

Le projet de loi de sauvegarde des entreprises prévoyait que ne pouvait être désigné comme mandataire *ad hoc* qu'une personne justifiant d'une assurance garantissant sa responsabilité civile et professionnelle pour ce type d'activité.

Par cette disposition, *de facto*, le choix des personnes pouvant être nommées aux fonctions de mandataire *ad hoc* était extrêmement limité : il était réduit aux seuls administrateurs judiciaires, mandataires de justice, avocats, experts comptables, etc... En effet, ou bien les compagnies d'assurance n'accepteraient pas d'assurer occasionnellement ces personnes, ou bien le prix proposé serait prohibitif.

Pour ne pas empêcher la désignation de la personne véritable référence dans chaque dossier²⁷⁵, un amendement a supprimé cette exigence, pour tenir compte de l'incompatibilité pratique devant laquelle se seraient trouvés d'autres professionnels pour souscrire une assurance occasionnelle²⁷⁶.

Néanmoins, lorsque la personne désignée n'est pas un mandataire de justice, la question de la couverture de sa responsabilité civile se pose.

Il devrait être exigé qu'elle justifie d'une assurance. Si l'obligation ne lui en est pas faite, il apparaît opportun pour l'intéressé d'être assuré.

248. Dépassement de mandat. La responsabilité civile du mandataire *ad hoc* est rarement engagée parce que ce dernier ne gère pas l'entreprise et n'est pas confronté aux tâches techniques d'un mandataire-liquidateur.

²⁷⁵ Rapport Xavier de Roux, n° 2095, p. 94.

²⁷⁶ Amendement n° 28, Intervention XAVIER DE ROUX, JOAN CR, 2^e séance du 3 mars 2005, p. 1638 – Rapport Xavier de Roux, n° 2095, p. 163.

L'exigence d'assurance pouvait donc être discutée en ce qui concerne le mandataire *ad hoc* mais c'était sans compter sur l'éventualité du dépassement de son mandat.

En effet dans un arrêt du 1^{er} février 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation ²⁷⁷ a décidé qu'excède de manière fautive ses pouvoirs le mandataire *ad hoc* qui, ayant été chargé de rechercher un accord avec les créanciers, joue un rôle déterminant dans la cession d'un actif du débiteur sans avoir obtenu l'autorisation préalable des créanciers requise par une stipulation d'un contrat de prêt conclu entre ceux-ci et le débiteur.

Afin de financer l'achat d'une société *holding*, un acquéreur recourut à un contrat de prêt qui comportait une clause aux termes de laquelle l'emprunteur s'engageait, tant en ce qui le concernait qu'en ce qui concernait les sociétés du groupe, à ne pas céder l'un quelconque de leurs actifs sans l'accord préalable écrit des prêteurs.

Quelques mois après l'acquisition, l'emprunteur et la *holding* qu'il avait acquise éprouvèrent des difficultés et demandèrent conjointement la nomination d'un mandataire *ad hoc*.

En l'espèce, Monsieur Y, dirigeant de la société Hoyez, détenait la société Soparfi, *holding* à 100 % de la société Hoyez, a cédé ses parts à la société Panorca, devenue ultérieurement la société Final, détenue à 51 % par la société Edifia, dirigée par Monsieur E, et à 49 % par une filiale de la banque Duménil-Leblé.

La société Final, également dirigée par Monsieur E, a obtenu, pour assurer le financement de cette acquisition, de la banque, un crédit relais et, par acte du 31 mars 1992, a obtenu un prêt long terme, destiné à rembourser le prêt relais, qui incluait une clause prohibant la cession d'actif par l'emprunteur sans l'accord des créanciers. Le 21 décembre 1995, la créance de la banque sur la société Final a été cédée à la société Ciga Jersey.

A la demande conjointe des sociétés Final et Soparfi, Monsieur X, par ordonnance du président du tribunal du 26 février 1996, a été désigné en qualité de mandataire *ad hoc* avec mission de rechercher un accord avec les créanciers.

Une société tierce se manifesta auprès du mandataire et proposa d'acquérir les parts détenues par la *holding* dans l'une de ses filiales.

277 Cass. com., 1er févr. 2011, n° 09-16179.

La cession, qui intervint sans l'aval des prêteurs et sous l'impulsion du mandataire, ne permit pas d'empêcher le déclin du cédant qui, après avoir vendu son seul actif frugifère, finit par être placé en liquidation judiciaire.

Les prêteurs, dont la créance était restée en partie impayée, agirent alors en responsabilité contre tous ceux qu'ils estimaient avoir participé à la violation de la clause interdisant la cession des actifs du débiteur.

À côté du cessionnaire et de son banquier, se trouvait notamment le mandataire *ad hoc* auquel il était reproché une exécution défectueuse de sa mission.

Le rejet du pourvoi formé contre la décision ayant retenu la responsabilité du mandataire confirme une jurisprudence constante.

249. Le mandataire *ad hoc* doit donc se limiter à l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés. S'il les dépasse, il devient passible de dommages-intérêts, soit envers le mandant, soit même envers les tiers avec lesquels il traite.

Ainsi, dans le même arrêt, la chambre commerciale de la Cour de Cassation énonce : « *Après avoir constaté que Monsieur B, avocat, avait indiqué dans un compte rendu de négociation avec le Crédit Lyonnais, le 20 mars 1996, que M. X avait souligné qu'il pouvait imposer la vente de la société Hoyez dès lors que le prix n'était pas discutable et qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir l'accord des créanciers de Final qu'il serait du reste illusoire d'escompter, l'arrêt relève que la faculté d'imposer la vente n'entraîne pas dans les pouvoirs du mandataire qui devait se contenter si possible de trouver un accord avec les créanciers, accord qu'il ne pouvait ignorer ne pas avoir obtenu ; que la cour d'appel, qui a fait ressortir l'existence d'un dépassement fautif de mandat, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

Le mandataire *ad hoc* avait pour mission de « *rechercher un accord avec les créanciers* » et ne pouvait en aucune façon s'accorder le pouvoir de décider en lieu et place desdits créanciers.

Il sera donc plus sécurisant pour les tiers de désigner une personne pouvant répondre des fautes commises dans l'exécution de son mandat par une assurance appropriée.

§ 2. LA RÉMUNÉRATION DU MANDATAIRE *AD HOC*

250. L'ordonnance qui désigne le mandataire *ad hoc* définit les conditions de sa rémunération (**A**). Le législateur a voulu, avec la loi de sauvegarde des entreprises, prévoir des règles qui rendent notamment la rémunération prévisible pour le débiteur qui s'engage dans le mandat *ad hoc*.

Il a maintenu une certaine liberté contractuelle entre le débiteur et le professionnel de son choix, étant quand même précisé que le pouvoir de nomination qui revient au président du tribunal lui permet de fait de ne pas accepter une proposition de rémunération qu'il considérerait excessive (**B**).

A. Une rémunération contrôlée

251. Un accord. Le législateur a fixé un cadre pour la fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc* : cette rémunération doit en effet résulter d'un accord, d'une négociation, et non d'un barème tarifaire.

Aux termes de l'article L 611-14 du Code de commerce, la rémunération du mandataire *ad hoc* est fixée par le président, après avoir recueilli l'accord du débiteur et arrêtée au moyen d'une ordonnance susceptible d'un recours devant le premier président de la cour d'appel, ce qui permet au dirigeant de l'entreprise concernée de contester une rémunération non convenue ou excessive.

Un accord préalable avec le dirigeant est nécessaire sur la méthode de calcul de sa rémunération et l'estimation du coût de son intervention, une fourchette lui est donc donnée.

A défaut, des abus sont possibles et le recours au mandat *ad hoc* ne doit pas être une source d'appauvrissement pour l'entreprise déjà fragilisée par une situation financière obérée.

La fixation de la rémunération intervient lors de la désignation de l'intéressé et est fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de la mission.

252. Critères de la rémunération. Les conditions de rémunération comprennent les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et le versement éventuel de provisions (C. com., art. R. 611-47).

La rémunération est à déterminer de façon précise : un taux horaire ou journalier, un montant maximum de versement de provisions, le cas échéant, un honoraire de résultat peut être prévu.

Le président doit exercer son contrôle sur cette rémunération et ne peut l'entériner du seul fait qu'elle a été convenue, eu égard aux risques encourus par l'entreprise.

Le mandataire *ad hoc* établit sa note avec les justifications à l'appui, il recueille l'accord du débiteur sur le montant par écrit préalablement à la désignation lequel est annexé à l'ordonnance de désignation.

A la demande du débiteur, le président fixe par ordonnance la rémunération. Une facture du montant correspondant est établie et envoyée au débiteur avec une copie de l'ordonnance. L'accord du débiteur est requis, de sorte que ce dernier puisse ne pas recourir à une telle mission si le coût lui en paraît trop élevé.

253. Révision de la rémunération. Il se peut que la rémunération du mandataire *ad hoc*, au cours de sa mission, soit insuffisante car les actes à accomplir sont plus importants que ceux prévus *ab initio*. Lorsque le mandataire *ad hoc* estime que le montant maximal de la rémunération fixé par l'ordonnance qui l'a désigné est insuffisant, il en informe le président du tribunal. Ce dernier fixe, le cas échéant, les nouvelles conditions de la rémunération en accord avec le débiteur. L'accord est, là aussi, consigné par écrit. À défaut d'accord, il est mis fin à la mission.

Les conditions de rémunération du mandataire *ad hoc* sont donc fixées par le juge toujours en accord avec le débiteur. Ce dernier exerce donc un contrôle permanent sur cette rémunération.

254. Dans un second temps, à l'issue de la mission, et donc en fonction de la réalité des prestations rendues, le président arrête par ordonnance la rémunération du mandataire *ad hoc*. L'ordonnance arrêtant la rémunération est notifiée à ce dernier ainsi qu'au débiteur, par le greffier. Le délai d'appel commence à courir à compter de cette date de notification.

Certains professionnels considèrent que cette mesure n'est pas très opportune et qu'il ne paraît pas nécessaire que la rémunération puisse être connue, notamment des personnes avec lesquelles les négociations doivent être menées²⁷⁸.

La décision est exécutoire de plein droit à titre provisoire²⁷⁹.

On constate donc que le système de fixation de la rémunération mis en place par le législateur dans le livre VI du Code de commerce est plus précis et encadré que pour les autres mandataires *ad hoc* évoqués dans la présente étude. En effet, les difficultés financières rencontrées par un débiteur ne doivent pas être accentuées par une rémunération trop élevée du mandataire *ad hoc* désigné.

B. La possible contestation de la décision

255. Le recours. La décision rendue par le président, autrement dit l'ordonnance arrêtant la rémunération, peut être frappée d'un recours devant le premier président de la cour d'appel par le débiteur, le mandataire *ad hoc*, le conciliateur ou l'expert. La Cour de cassation avait déjà admis ce recours en l'absence de disposition expresse²⁸⁰.

Le recours est formé, instruit et jugé dans les délais et conditions prévus par les articles 714 à 718 du Code de procédure civile²⁸¹, notamment : délai d'un mois,

²⁷⁸ La loi de sauvegarde en pratique, LPA 21 sept. 2006 n° 189 : R.VALLIOT, p. 18

²⁷⁹ Art. R. 661-1 du Code de commerce, modifié par Décret 2009.

²⁸⁰ Com. 17 févr. 1998, n° 94-17.292, Bull. civ. IV, n° 73, D. Affaires 1998, 478 ; SOINNE, La fixation de la rémunération de la conciliation, À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 févr. 1998, JCP E 1998, n° 31, p. 1247.

²⁸¹ Art. R. 611-50 du Code de commerce,

suspensif d'exécution ; recours formé par la remise ou l'envoi au secrétariat-greffe de la cour d'appel d'une note exposant les motifs du recours.

256. La rémunération du mandataire *ad hoc* est donc encadrée par le législateur qui prône l'anticipation. Cette culture de l'anticipation implique un changement culturel profond.

Le chef d'entreprise qui fuyait le tribunal lorsque son entreprise était en difficulté est invité aujourd'hui à pousser la porte de ce tribunal dès que les premiers signaux d'une difficulté apparaissent.

La finalité des missions confiées aux mandataires *ad hoc* est la sauvegarde de l'entreprise. La confiance qui doit exister entre les différents acteurs est un atout majeur.

Les conditions de la rémunération des mandataires à définir lors de l'ouverture de la procédure doivent l'être dans la clarté. De la part du débiteur, c'est un consentement éclairé qui doit être recherché, de la part des mandataires, c'est une juste rémunération qui s'impose.

Le président du tribunal a reçu de la loi le devoir d'y veiller et son intervention doit être active.

Cependant quand bien même la rémunération du mandataire serait mesurée et parfaitement légitime, elle peut être dissuasive au regard des moyens dont dispose le débiteur.

257. Assurance facultative. L'idée est donc apparue de proposer aux entreprises de souscrire une assurance facultative, lorsqu'ils sont *in bonis*, afin de pallier le risque d'avoir à rémunérer ces professionnels²⁸².

C'est aujourd'hui une réalité grâce à l'assurance du mandataire social incluant l'assurance « *fonds de prévention des difficultés des entreprises* » mise en place à l'initiative du Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables.

Par exemple, des contrats d'assurance « *RC du mandataire social* » intégrant le fonds de prévention peuvent être souscrits auprès de certaines sociétés²⁸³

²⁸² J.-B. DRUMMEN, "La rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs", BJS, 2011, n°4, §121, p. 283

prévoyant une prise en charge des honoraires des experts de crise tels que le mandataire *ad hoc*.

Les entreprises et l'économie en général ont tout à gagner à bénéficier de ces mesures conventionnelles et légales dont l'efficacité est démontrée.

²⁸³ AIG, société américaine ; AXA, société française ; Hiscox, société britannique. Les différents contrats sont téléchargeables sur le site www.entrepriseprevention.com.

SECTION II. UN FORMALISME OBLIGATOIRE

258. La procédure de désignation du mandataire *ad hoc* en matière de sauvegarde des entreprises en difficultés et de copropriétés en pré-difficultés est soumise à un formalisme particulier, différent de celui des autres mandataires objets de la présente étude.

En effet, des conditions de fond (§2) et de forme (§1) de nomination de ces deux types de mandataires *ad hoc* sont imposées par le législateur.

§1. LES CONDITIONS DE FORME

259. La désignation d'un mandataire *ad hoc* est effectuée par un juge. Le formalisme procédural trouve sa mesure dans les intérêts qu'il doit protéger.

Le législateur a identifié les auteurs du déclenchement (**A**) et a déterminé les règles de compétence d'attribution et territoriale (**B**).

A. L'auteur du déclenchement de la procédure

260. Les auteurs du déclenchement de la procédure de désignation du mandataire *ad hoc* en matière de sauvegarde des entreprises (**1**) sont différents ceux prévus par la loi en matière de copropriétés en pré-difficultés (**2**).

1. En matière de sauvegarde des entreprises en difficultés

261. Le débiteur. L'article L. 611-3 nouveau du Code de commerce, dont les termes généraux autorisent son application au profit de toutes les personnes éligibles aux procédures collectives, dispose : « *Le président du Tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.* »

Cet article, issu de l'article 2 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, prévoit désormais que la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* émane du débiteur²⁸⁴, c'est-à-dire le chef d'entreprise en cas d'exercice individuel ou le représentant légal en cas d'exercice en société ou sous la forme d'une autre personne morale.

Ce nouveau texte, sans changer le fond du droit, emploie le terme générique de débiteur utilisé dans toutes les techniques et procédures préventives, ainsi que dans les procédures de traitement judiciaire des difficultés. La doctrine s'accorde donc pour mettre en lumière le caractère volontaire du mandat *ad hoc*²⁸⁵.

Certes, ce terme est parfois inadapté dans la mesure où l'intéressé n'est vraisemblablement pas en état de cessation des paiements. Il présente néanmoins le mérite de la symétrie par rapport aux procédures d'insolvabilité soumises au Règlement communautaire du 29 mai 2000.

Le souci de mise en conformité avec le vocabulaire utilisé par les textes européens justifie donc la modification, même si le mandat *ad hoc* n'est pas une procédure d'insolvabilité soumise au Règlement communautaire.

Dans la loi du 26 juillet 2005, rien n'était précisé sur les auteurs du déclenchement de la procédure. Dans le silence des textes, la désignation était à la discrétion du président du tribunal qui pouvait, par exemple, y procéder sur la suggestion du comité d'entreprise.

²⁸⁴ T. MONTÉLAN, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp., p. 8s., sp. p. 9.

²⁸⁵ PH. ROUSSEL GALLE, *in* La loi de sauvegarde en pratique, LPA 21 sept. 2006, n° 189, p. 11

Il est ainsi mis fin à toute possibilité pour le président de « *s'autosaisir* », même si cette faculté pouvait présenter quelque intérêt, dans le prolongement d'une convocation, dans le cas où la mission de détection du président du tribunal n'a pas abouti, ou lorsque l'abstention du chef d'entreprise résulterait de son ignorance de la loi ou de sa mauvaise appréciation de la situation plutôt que d'un refus explicite de se tourner vers le tribunal de commerce, fût-ce dans le cadre d'une « *procédure* » confidentielle et souple.

262. D'une façon générale, l'auteur du déclenchement de la procédure de désignation du mandataire *ad hoc* est le débiteur.

2. En matière de copropriété en pré-difficultés

263. Les lois applicables. En matière de copropriété, la loi n°55-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, a mis en place un cadre légal. L'élaboration d'un régime propre aux copropriétés connaissant de graves dysfonctionnements provient de la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat.

Conscient que les démarches entreprises dans ce domaine pouvaient être trop tardives, le législateur a retenu une approche préventive qui s'est traduite par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 (dite loi Molle) qui a introduit deux nouveaux articles de la loi du 10 juillet 1965 (art. 29-1-A et 29-1-B) sous la forme d'une procédure d'alerte débouchant sur la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Dans la mesure où l'approche traditionnelle des difficultés connues par les entreprises n'a pas été jugée transposable aux syndicats de copropriétaires en difficulté, il a été décidé aux termes de l'article 29-6 de la loi du 10 juillet 1965, que « *Le livre VI du Code de commerce n'est pas applicable aux syndicats de*

copropriétaires ». Un décret a complété le régime des copropriétés en pré-difficulté²⁸⁶.

Les difficultés rencontrées par certaines copropriétés s'inscrivent assez souvent dans une spirale complexe mêlant non seulement des questions strictement juridiques des organes du syndicat des copropriétaires mais aussi des aspects comptables, financiers, sociaux et économiques, liés notamment à la situation personnelle des occupants de l'immeuble (copropriétaires mais également locataires).

264. Le déclenchement de la procédure. L'article 29-1-A de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 prévoit un auteur principal du déclenchement de la procédure de désignation d'un mandataire *ad hoc*, en la personne du syndic, et deux auteurs subsidiaires en mesure de lancer une procédure d'alerte.

265. Le syndic, auteur principal. Lors de la « *clôture annuelle des comptes* », le syndic doit vérifier si le taux d'impayé est inférieur ou supérieur à 25 %.

Lorsque les impayés atteignent le seuil fixé par la loi, le syndic doit immédiatement prévenir le conseil syndical et sous un mois maximum devra saisir, sur requête, le président du tribunal de grande instance pour faire nommer un mandataire *ad hoc*.

En tant que responsable de la gestion comptable et financière du syndicat, il était tout désigné pour effectuer cette démarche.

L'utilisation de l'impératif « *le syndic...saisit...le président du tribunal de grande instance...* » démontre qu'il s'agit là d'une obligation pour le mandataire du syndicat dès l'instant où les conditions légales se trouvent réunies.

Au demeurant, aucune sanction particulière n'est attachée à l'absence de saisine du juge.

Ce sont alors les règles générales de la responsabilité civile qui pourront au besoin être mises en oeuvre si l'inaction du syndic a généré un préjudice envers le syndicat et/ou les copropriétaires.

²⁸⁶ D. n° 2010-391, 20 avr. 2010, in D. 1967, art. 61-1 à 61-11.

Curieusement, ni le conseil syndical, pourtant informé de la situation financière du syndicat, ni son président n'ont été admis au rang des demandeurs potentiels, pas plus d'ailleurs que les représentants des autorités publiques qui sont, eux aussi, seulement informés de la démarche.

Sans doute a-t-on souhaité circonscrire les hypothèses de recours à l'alerte afin de prévenir des démarches inopportunes.

266. Les copropriétaires, auteurs subsidiaires. Précisément, si le syndic néglige d'agir dans un délai d'un mois à compter de la clôture des comptes, la procédure pourra être lancée par des copropriétaires représentant ensemble au moins 15 % des voix du syndicat.

Cette représentation de 15 % exigée des copropriétaires habilités à se substituer au syndic est identique à celle prévue à l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 afin de faire désigner un administrateur provisoire.

En présence de factures impayées, il appartient alors au créancier concerné de mettre en oeuvre la procédure s'il le souhaite, six mois après la date d'exigibilité d'une facture, dans la mesure où celle-ci n'est pas payée en totalité et si un commandement de payer a préalablement été adressé à la copropriété. Dans cette hypothèse il doit avancer les frais de procédure.

L'auteur du déclenchement de la procédure de désignation d'un mandataire *ad hoc* en matière de sauvegarde est donc le débiteur alors qu'en matière de copropriété, le législateur a prévu un auteur principal, le syndic, et des auteurs subsidiaires les copropriétaires et les créanciers, pour prévenir les démarches inopportunes.

Le législateur a prévu des règles spécifiques de compétence d'attribution et territoriale en matière de mandataire *ad hoc*.

B. Les règles de compétence d'attribution et territoriale

267. La juridiction de droit commun, le tribunal de grande instance, est compétente en principe, sauf s'il existe une règle qui attribue compétence à une juridiction d'exception. L'article 33 du code de procédure civile dispose que : « *la compétence des juridictions en raison de la matière est déterminée par les règles relatives à l'organisation judiciaire et par des dispositions particulières* ».

Dés lors, en règle générale le tribunal compétent pour statuer sur la demande de désignation d'un mandataire, *ad hoc*, quelle que soit la matière, sera le tribunal de grande instance.

268. Dans les copropriétés. À l'instar de la procédure d'administration provisoire des copropriétés en difficulté, c'est le président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble qui s'est vu attribuer compétence afin de désigner un mandataire *ad hoc* aux termes du nouvel article 61-3 du décret du 17 mars 1967.

269. Dans la loi de sauvegarde. De manière nouvelle²⁸⁷, et réparant en cela une omission du texte ancien²⁸⁸, l'article L. 611-3 du Code de commerce prévoit, en un alinéa 2, explicitement le tribunal compétent matériellement pour la désignation du mandataire *ad hoc*, officialisant ainsi la pratique jurisprudentielle.

Le tribunal compétent sera, selon ce texte, le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou artisan. Il s'agira du tribunal de grande instance dans les autres cas.

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 prévoit ainsi la compétence alternative du tribunal de grande instance « *dans les autres cas* » que celui du débiteur exerçant une activité commerciale ou artisanale.

²⁸⁷ Art. 2, al. 2 ord. n° 2008-1345, 18 décembre 2008

²⁸⁸ Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre, Titre I, chap. I, s art. 2.

Il semble logique que la technique du mandat *ad hoc* ne soit pas ouverte qu'aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, mais aussi aux sociétés civiles et aux professions libérales (par analogie avec la procédure de conciliation, également ouverte aux « *personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* »).

Le débiteur saisira par requête le président du tribunal de commerce s'il est commerçant ou artisan, et depuis la loi de sauvegarde des entreprises, le président du tribunal de grande instance s'il a la qualité de personne morale de droit privé ou de professionnel indépendant exerçant à titre individuel, la généralité des termes employés par l'article L. 611-3 du code de commerce justifiant la solution.

L'article R. 600-2 alinéa 2 du Code de commerce indique que la compétence territoriale du président du tribunal pour désigner un mandataire *ad hoc* est déterminée par l'article 1^{er} du décret²⁸⁹.

Cette règle de compétence territoriale applicable aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, s'applique aussi au mandat *ad hoc*.

Le décret n°2009-1693 du 29 décembre 2009, en réécrivant l'article R. 211-4, 8 du Code de l'organisation judiciaire, laisse a priori compétence exclusive au tribunal de grande instance en matière de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires lorsque le débiteur n'est ni commerçant, ni immatriculé au répertoire des métiers.

Depuis la réforme du 18 décembre 2008, les procédures du livre VI du Code de commerce ne sont plus applicables aux « *commerçants et aux personnes immatriculées au répertoire des métiers* », mais aux personnes « *exerçant une activité commerciale ou artisanale* » (V. par ex. C. com., art. L. 620-2, pour la sauvegarde).

Les règles de compétence d'attribution ont été modifiées en conséquence, le tribunal de commerce étant désormais compétent pour les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, et donc pour les commerçants et artisans de fait, solution que le décret du 29 décembre 2009 paraît remettre en cause.

²⁸⁹ Anc D. n° 2005-1677, 28 décembre 2005, art. 2, al. 2

Si l'on prend les textes à la lettre il peut être soutenu que, par exemple, une personne exerçant une activité commerciale sans avoir la qualité de commerçant, soit non inscrite au RCS, relève de la compétence du tribunal de grande instance selon le Code de l'organisation judiciaire, et du tribunal de commerce selon le Code de commerce. Un commerçant de fait peut donc demander la nomination d'un mandataire *ad hoc* devant le tribunal de commerce. Mais cette position est très contestée car si on le considère comme un professionnel indépendant, le tribunal de grande instance est compétent.

270. Les règles de compétence du Code de commerce doivent prévaloir parce qu'elles émanent du pouvoir législatif alors que la nouvelle disposition du Code de l'organisation judiciaire émane du pouvoir réglementaire.

De plus la modification du Code de l'organisation judiciaire n'avait pas pour objet de changer les règles de répartition des compétences en droit des procédures collectives.

En l'état initial du projet de loi, il fallait semble-t-il exclure l'agriculteur²⁹⁰. La commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté un amendement n° 9 ayant pour objet l'extension du mandat *ad hoc* aux professionnels libéraux et aux agriculteurs.

Malgré le silence de l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il ne semble pas y avoir de difficulté à autoriser la saisine à un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIR), qui fera usage de sa qualité d'exploitant d'une entreprise individuelle.

Comme l'indique préalablement l'alinéa 1 de l'article L. 611-3 du Code de commerce, la désignation émane du président de cette juridiction, et non du tribunal lui-même.

271. En cas de groupe de société. Il est possible de délocaliser l'affaire, d'une manière comparable à la solution posée en sauvegarde, en redressement et en liquidation judiciaire²⁹¹.

²⁹⁰ Rapport Xavier de Roux, n°2095, p. 128

²⁹¹ V. infra p. 308

Le président du tribunal, avec l'accord du débiteur précise le texte, peut décider cette dérogation aux règles de compétence territoriale, soit lors de la désignation du mandataire *ad hoc*, soit en cours de mission (C. com., art. R. 662-8, al. 1).

Le débiteur peut également saisir à cette fin, par requête, le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la Cour de cassation (C. com., art. R. 662-8, al. 2). La solution n'avait toutefois été posée que par le décret.

L'article 155 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, qui modifie en ce sens l'article L. 662-2 du Code de commerce, pose désormais la solution dans la partie législative du code, ce qui évitera toute difficulté sur la légalité de la disposition.

La difficulté surgit dès lors qu'il s'agit d'un groupe de sociétés dont les sièges sont établis dans divers pays.

Le plus souvent les conseils insistent pour obtenir l'ouverture d'une seule procédure en faisant valoir l'unicité du périmètre économique ainsi constitué, tout comme le fait que l'efficacité et la confidentialité seraient bien mieux servies par une seule procédure ouverte dans la même juridiction.

Une des solutions consiste à accueillir la demande en relevant l'existence dans un ressort du centre des intérêts principaux, pour autant bien sûr qu'elle soit démontrée par les demandeurs.

Cette motivation est empruntée au Règlement européen des procédures d'insolvabilités²⁹².

Une autre possibilité consiste à faire usage de la notion de centre des intérêts principaux qui est pourtant réservée par l'article R. 600-1 du Code de commerce, au cas où le siège n'est pas situé en France.

Certaines juridictions ont admis une telle application en dehors de tout élément d'extranéité pour traiter le groupe de sociétés et regrouper les procédures dans le ressort du tribunal de la société mère²⁹³.

Une autre solution peut consister à inviter les requérants à solliciter l'ouverture d'autant de procédures distinctes qu'il y a de présidents de tribunaux

²⁹² Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

²⁹³ Versailles, 11 janv. 2007, Gaz. Pal. 2007. Somm. 2768, obs. C. LEBEL.

naturellement compétents, mais en proposant la nomination du même mandataire *ad hoc*, celui-ci assurant de fait le trait d'union entre les différentes procédures. La procédure est néanmoins lourde et compliquée pour le groupe concerné, surtout si les sièges distincts sont multiples.

L'ouverture d'un mandat *ad hoc* unique ne doit pas nécessairement préfigurer une même appréciation si les débiteurs sollicitent ensuite l'ouverture d'une conciliation, ni permettre aux débiteurs n'ayant pas leur siège dans un ressort choisi d'en déduire une compétence, ou même une présomption de compétence en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective.

§ 2. LA PROCÉDURE DE SAISINE

- 272.** La distinction des procédures de désignation d'un mandataire *ad hoc* pour les copropriétés en pré difficultés et les entreprises en difficultés s'impose.

A Le dépôt de la requête

1. Dans le cadre des copropriétés en pré difficulté

273. Un formalisme précis. L'article 61-7 du décret du 17 mars 1967 relatif au statut de la copropriété des immeubles bâtis, précise que la requête ou l'assignation qui tend à la désignation d'un mandataire *ad hoc* est accompagnée des pièces de nature à justifier la demande.

Faute de respecter cette exigence la demande devrait être déclarée irrecevable. Deux modalités de saisine ont néanmoins été envisagées.

274. Le syndic. Lorsque la procédure est déclenchée par le syndic, le juge est saisi sur requête, ce qui implique que cette dernière soit présentée par le biais du ministère d'un avocat.

Si elle est reconnue fondée, la demande aboutira au prononcé d'une ordonnance sur requête. Conformément au droit commun de la procédure civile, s'il est fait droit à cette requête, tout intéressé pourra en référer au juge qui a rendu l'ordonnance²⁹⁴.

275. Copropriétaires. Lorsque la demande émane des copropriétaires ou d'un créancier du syndicat, le président du Tribunal de grande instance est saisi « *en référé* », ce qui suppose une procédure contradictoire mais sans l'assistance obligatoire d'un avocat, même si le recours à ce professionnel est vivement recommandé.

L'article 29-1-B précise que, dans ces hypothèses, le président du Tribunal de grande instance rend une ordonnance « *comme en matière de référé* », ce qui est singulier lorsque l'on sait que la saisine est intervenue en référé.

Or, à la différence d'une ordonnance de référé qui est une décision provisoire, une ordonnance rendue « *comme en matière de référé* » concerne le fond du droit et vaut jugement. L'ordonnance rendue par ce biais a autorité de la chose jugée et pourra faire l'objet d'un appel ou d'une tierce opposition.

L'article 61-6 nouveau du décret du 17 mars 1967 précité précise que le président du tribunal de grande instance est alors saisi par la voie d'une assignation dirigée contre le syndicat, dans les conditions prévues à l'article 485 du Code de procédure civile, c'est-à-dire selon les modalités prévues pour les assignations en référé.

L'article 61-7 énonce qu'avant de statuer sur la demande de nomination d'un mandataire *ad hoc*, le président du tribunal de grande instance peut entendre tout membre du conseil syndical. En pratique, il est probable qu'il s'adressera au président du conseil syndical. Mais tout membre de ce conseil peut, s'il le désire, demander à être entendu.

²⁹⁴ Art. 496, al. 2 du CPC.,

Lorsque le président est saisi en référé, son ordonnance, indique l'article 61-8 nouveau du décret du 17 mars 1967, « *n'est pas exécutoire de droit à titre provisoire* ».

Aux termes de l'article 61-9 nouveau du décret du 17 mars 1967, l'ordonnance est portée sans délai, par le mandataire *ad hoc* qu'elle désigne, à la connaissance des copropriétaires, par remise contre émargement ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Cette communication, ajoute ce texte, reproduit le texte de l'article 490 du Code de procédure civile, lorsque le président a statué comme en matière de référé, ou celui de l'article 496 du même code s'il a statué sur requête.

L'article 490 du Code de procédure civile indique que l'ordonnance de référé peut être frappée d'appel et que le délai d'appel est de 15 jours.

L'article 496 du même code énonce que s'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté, le délai d'appel étant également de quinze jours. S'il est fait droit à la requête ce texte précise que tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance.

Ainsi, la procédure de saisine du président du tribunal de grande instance prévue par le décret en matière de copropriétés en difficulté doit permettre un traitement plus rapide des difficultés.

2. Dans le cadre des entreprises en difficulté

276. Dépôt de la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, formée par écrit, est adressée ou remise au président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance compétent, selon le cas, par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique et déposée au greffe. Elle doit exposer les raisons qui la motivent.

La requête porte toutes les mentions concernant l'identification du demandeur, la présentation de l'entreprise (caractéristiques, activité, emploi, chiffre d'affaires et

résultats), expose les difficultés rencontrées, décrit les mesures à prendre pour le redressement, justifie comment la nomination d'un mandataire *ad hoc* permettrait de résoudre les difficultés (restructuration, délais de paiement ou remises de dettes), soumet un projet de mission et l'affirmation de l'absence de cessation des paiements.

277. Le président doit donc se livrer à un examen sommaire. Il ne peut se contenter de la déclaration d'absence de cessation des paiements souscrite par le requérant ou d'une déclaration de cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Mais l'admission de la requête ne saurait avoir autorité de chose jugée à cet égard.

La déclaration du demandeur ne fait pas obstacle à une fixation de la date de cessation des paiements avant l'ordonnance, ni à l'application des règles légales relatives aux actes conclus pendant la période suspecte, si une procédure collective subséquente est prononcée. Elle a pour but d'attirer son attention sur cette condition d'utilisation des mécanismes de la prévention et sur sa responsabilité éventuelle en cas de déclaration inexacte.

Si, en théorie, un état de cessation des paiements ne constitue pas un obstacle de droit à la désignation d'un mandataire *ad hoc*, cette voie paraît hasardeuse : le débiteur reste tenu de demander l'ouverture d'une procédure collective s'il se trouve en cessation des paiements depuis plus de 45 jours, la désignation d'un mandataire *ad hoc* n'ayant pas pour effet d'en dispenser le débiteur.

278. En pratique, dans de nombreux tribunaux, le président demande que soient joints à la requête des documents attestant de l'état financier de la société, notamment : un plan de financement prévisionnel et un compte de résultat prévisionnel ; l'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ; l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ; les comptes annuels et le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis, etc...

Les pièces et renseignements demandés sont destinés à donner au président une information suffisante pour apprécier la situation de l'entreprise, le bien-fondé de la demande et adapter la mission aux circonstances.

Toutes requêtes complémentaires (prorogation de mission, modification de la mission...) doivent être formulées par le représentant légal avec l'accord écrit du mandataire *ad hoc*.

279. Dès réception de la demande, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique pour recueillir ses observations (C. com., art. R. 611-19, al. 1).

Le président du tribunal, informé par divers moyens très performants, peut convoquer le professionnel pour que soient envisagées des mesures propres à redresser la situation, lorsque la continuité de l'exploitation est menacée (C. com., art. L. 611-2).

Les praticiens²⁹⁵ insistent sur le caractère informel de ce rendez-vous afin que celui-ci se déroule dans une atmosphère sereine (C. com., art. R. 611-11).

Témoignage de la volonté de venir en aide aux entreprises en légères difficultés, certains tribunaux ont créé des cellules de prévention-détection appelées aussi observatoires de la prévention, parfaitement licites.

En particulier, les juges délégués à la prévention reçoivent le débiteur au cours de rendez-vous confidentiels et gratuits en les informant, sans les conseiller, sur leurs droits.

Le président du tribunal de commerce de Lyon témoigne : « *l'ignorance préserve la peur [...], les chefs d'entreprises arrivent dans mon bureau extrêmement stressés. Et ils en repartent extrêmement détendus* »²⁹⁶.

280. Cellules occultes. D'autres juridictions, toutefois, consultent les différents créanciers sans avoir convoqué le débiteur, dans le cadre de « *cellules de prévention et de détection* », hors de toute réglementation, afin de procéder à l'examen des entreprises dont les comptes révèlent des difficultés financières passagères ou durables. Cette pratique a conduit certains débiteurs à présenter des requêtes en suspicion légitime à l'encontre du président du tribunal. Ces

²⁹⁵ I. ROHART-MESSAGER, La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce, Gaz Pal, 8-9 janv. 2010, p. 5.

²⁹⁶ Le progrès de Lyon, mardi 22 nov. 2011, p. 2. "La bête (le tribunal de commerce) peut vous aider".

« cellules occultes », malgré un vibrant plaidoyer en leur faveur²⁹⁷ ont été condamnées par une réponse parlementaire²⁹⁸ et par la grande majorité de la doctrine²⁹⁹ qui estime qu'elles ont été instituées en violation de la loi.

Les difficultés suscitées par ces réunions sont multiples : le caractère secret des réunions à l'égard du débiteur, le manque d'impartialité objective dont est entachée la décision prise à l'issue de ces réunions et le traitement différencié des créanciers.

La conclusion du ministère de la justice est claire et constitue un rappel à l'ordre : il recommande d'écarter la participation du président du tribunal à des cellules de cette nature. En réponse à la question d'un parlementaire, le ministère de la justice a rappelé le cadre dans lequel le président du tribunal de commerce peut se saisir de la situation d'une entreprise en difficulté. La réponse, pertinente et argumentée, proscrit l'utilisation des informations recueillies en dehors des cas prévus par le Code de commerce. La réponse présente cependant moins d'intérêt que les pratiques qu'elle dévoile.

Le Code de commerce donne au président du tribunal de commerce de larges pouvoirs (C. com., art L. 611-2). Il peut convoquer le dirigeant d'une entreprise lorsqu'il résulte des informations en sa possession que cette entreprise connaît des difficultés pouvant compromettre la continuité de son exploitation et obtenir des renseignements.

Après l'entretien et même si le dirigeant ne s'est pas présenté, il peut enjoindre aux dirigeants de déposer leurs comptes sociaux et, à défaut, procéder aux investigations énumérées précédemment.

Ces mesures sont destinées à provoquer une réaction des dirigeants sociaux afin qu'ils remédient par des mesures d'assainissement aux difficultés de leur entreprise. Elles entrent cependant en conflit avec un principe supérieur issu des principes généraux du procès civil et du droit conventionnel exprimé par la

²⁹⁷ P. MODAT, « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », Rev. proc. coll., mars-avril 2011, p. 28, n°10.

²⁹⁸ JOAN Q 11 mai 2010, p. 5356 ; D. 2010, p. 1551.

²⁹⁹ CH. DELATTRE, « la prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal » : Rev. Proc. coll. 2010, étude 21 ; J.-L. VALLENS, D. 2010, p. 1723, « Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de "prévention- détection" ? »

Convention européenne des droits de l'homme : le droit du débiteur à un procès équitable devant un tribunal impartial.

C'est pourquoi, le législateur et la jurisprudence ont cherché à concilier le pouvoir d'initiative du tribunal et l'équité du procès, par des règles de procédure garantissant un débat contradictoire préalable à toute procédure judiciaire.

Mais le dynamisme, très louable, des tribunaux de commerce et leur volonté de tout faire pour déclencher assez tôt des mesures de redressement qu'ils jugent nécessaires mettent cet équilibre à l'épreuve.

281. La demande de désignation par le débiteur, des formalités strictes. Si la nomination du mandataire *ad hoc* n'intervient pas dans le délai d'un mois à compter de l'entretien, la demande est réputée non admise. La célérité est en effet un des conditions de réussite de la procédure.

La décision qui statue sur la désignation du mandataire *ad hoc* est notifiée au demandeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. com., art. R. 611-20, al. 1). De même celle nommant le mandataire *ad hoc* est notifiée à ce dernier par le greffier selon les mêmes modalités (C. com., art. R. 611-20, al. 2).

La lettre de notification reproduit en outre les dispositions de l'article L 611-13 du code de commerce.

Le mandataire fait connaître sans délai au président du tribunal son acceptation ou son refus et lui adresse l'attestation sur l'honneur, relative aux incompatibilités³⁰⁰ (C. com., art. R. 611-20, al. 3).

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il est précisé que lorsque le président n'a pas fait droit à sa demande, « *en cas de refus de désignation* » du mandataire *ad hoc*, le débiteur peut interjeter appel³⁰¹ (C. com., art. R. 611-20, al. 1).

Le refus de désignation concerne le rejet de la demande ou le refus du choix du mandataire proposé par le débiteur.

³⁰⁰ V. infra p. 201.

³⁰¹ J. VALLANSAN ET P. CAGNOLI, Clarification des voies de recours pour les procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, Rev. proc. coll. sept.-oct. 2010. 10

Le texte ne règle pas la question de l'ouverture de l'appel possible lorsque le président du tribunal procède à la désignation d'un mandataire *ad hoc* mais sans désigner le mandataire *ad hoc* proposé éventuellement par le débiteur. La lecture du texte peut conduire à une réponse négative. Cependant une approche positive est envisageable car dès lors que le débiteur a qualité pour interjeter appel, son intérêt à agir se trouve constitué par le refus de désigner le mandataire *ad hoc* qu'il avait proposé au président du tribunal³⁰².

Sauf dispositions contraires, l'opposition et la tierce opposition sont formées contre les décisions rendues en matière de mandat *ad hoc*, par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. La décision est exécutoire de plein droit à titre provisoire (C. com., arts. R. 661-2, alinéa 1 et R. 661-1).

B. La notion de cessation des paiements

282. Obligation légale de ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours pour l'ouverture d'un mandat *ad hoc*.

Depuis que la déclaration de cessation des paiements ne doit plus intervenir que dans le délai de quarante-cinq jours de sa survenance, il n'est pas illogique d'admettre que la nomination d'un mandataire *ad hoc* puisse intervenir à condition que l'état de cessation des paiements ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours³⁰³.

En effet, aucune condition légale n'évoque l'état de cessation des paiements pour l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc*. Seule l'obligation de ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours est exigée. A défaut, le débiteur de déclarer son état de cessation des paiements sous peine d'interdiction de gérer.

³⁰² T. MONTÉLAN, « La réforme de la prévention des difficultés », D. 2009. 639 s., sp. p. 640

³⁰³ PH. ROUSSEL GALLE, Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005, LPA 12 juill. 2006, p. 10, n° 9.

Le problème se pose si lors de la demande, le Président du tribunal constate un état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Il doit alors rejeter la demande.

283. Saisine d'office par le Président du tribunal jugée inconstitutionnelle.

Sous certaines conditions procédurales, le Président du tribunal pouvait se saisir d'office pour demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

Dans sa décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012 (NOR CSCX1241676S), le Conseil constitutionnel a, en effet, déclaré contraire à la Constitution les mots « *se saisir d'office* » ou « *au premier alinéa de l'article L. 631-5 du code de commerce* ». La déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision.

Le Conseil constitutionnel a, en effet, estimé que la disposition figurant dans l'article L. 631-5 du Code de commerce, permettant au tribunal de se saisir d'office en vue du prononcé de l'ouverture d'un redressement judiciaire, est contraire à la Constitution³⁰⁴ ; il poursuit un motif d'intérêt général, mais n'est pas conforme au principe d'impartialité.

Lors de l'examen de la demande de QPC devant la Cour de cassation l'avocat général, dont le raisonnement est pour partie repris dans le commentaire du Conseil, avait d'ailleurs relevé que : « *laisser le déclenchement des procédures collective à l'initiative privée (débiteur, créancier...) pourrait se révéler hasardeux : le débiteur sera peu enclin à se soumettre à la discipline des procédures collectives en saisissant la juridiction consulaire et le créancier ne disposera pas toujours des informations nécessaires alors que le tribunal peut procéder par voie*

³⁰⁴ N. FRICERO, La fin de la saisine d'office du tribunal de commerce : Act. proc. coll. 2013-1, comm. 1 ; L'exigence d'impartialité objective s'oppose à la saisine d'office du tribunal de commerce : Gaz. Proc. coll. 18-19 janv. 2013, p. 25 ; Redressement judiciaire : l'exigence d'impartialité interdit la saisine d'office : JCP E 1048. - F.-X. LUCAS, Retour sur la navrante condamnation de la saisine d'office : BJE janv.-févr. 2013, p. 1. - T. Favario, Saisine d'office du tribunal : le coup de semonce du Conseil constitutionnel : BJE janv.-févr. 2013, p. 10. - B. SAINTOURENS, La déclaration d'inconstitutionnalité de l'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal : Rev. proc. coll. 2013, Étude 2. - PH. ROUSSEL GALLE, Fin de la saisine d'office du tribunal en ouverture du redressement judiciaire : Dict. perm. diff. entr. déc. 2012, Bull. 343, p. 3. - J.-L. VALLENS, La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal : D. 2013, p. 338. - B. ROLLAND, L'inconstitutionnalité de la saisine d'office : Procédures 2013, Étude 3.

d'enquête et que la saisine d'office est de nature à éviter les pertes de temps liées à des vices de procédure affectant les autres modes de saisine prévus par la loi ou le règlement, ce qui contribue au bon fonctionnement des procédures collectives, en particulier à leur célérité et leur sécurité ».

La décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 invite à vérifier la conformité de toutes les saisines d'office à la Constitution, y compris celles existant en dehors du droit des procédures collectives. C'est là la première QPC qui aboutit à une décision d'inconstitutionnalité affectant l'équilibre du droit des entreprises en difficulté.

La décision aura des effets indirects notamment sur la prévention et sur la rapidité avec laquelle les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire peuvent être ouvertes.

Cette saisine d'office ayant donc été jugée inconstitutionnelle, la question se pose sur la suite de la procédure. En pratique on peut penser que le Ministère public se substitue à lui dans cette demande.

284. Une qualification durcie de l'état de cessation des paiements. Entérinant la jurisprudence, l'ordonnance du 18 décembre 2008 durcit, semble-t-il, les conditions de détermination de l'état de cessation des paiements et précise que : *« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements (...) ».*

Par péréquation, la nomination d'un mandat *ad hoc* sera alors facilitée parce que l'état de cessation de paiement sera plus difficile à qualifier.

285. Si le Président décide de nommer un mandataire *ad hoc* alors que le débiteur est en état de cessation des paiements, mais depuis moins de quarante-cinq jours, ce dernier devra s'afférer à négocier au plus vite avec les créanciers afin de trouver un moratoire. Une telle situation paraît improbable sauf si un créancier a conditionné un étalement de sa dette au dépôt d'une demande de mandat *ad hoc*.

En pratique, les tribunaux recourent parfois au critère du passif exigible et exigé, malgré la définition légale de l'état de cessation des paiements, lorsque la nomination d'un mandataire *ad hoc* leur paraît opportune.

Ce critère est critiqué car il pousse le dirigeant à trop attendre, la situation de cessation des paiements sonnante le glas d'une prévention efficace. Il consiste à comparer un actif disponible et un passif exigible mais aboutit en pratique à des situations confuses. Par exemple, il est courant de constater que des créances bancaires sont sur le point d'être rendues exigibles ou le sont déjà.

Dans certains dossiers, l'état de cessation de paiements sera très rapidement écarté, mais pour d'autres il donnera lieu à de vrais débats lors de l'entretien préalable à toute ouverture.

Sur le plan de la pure définition de l'état de cessation des paiements, les critères permettant de la déterminer sont précisés dans l'article L. 631-1³⁰⁵ du Code de commerce.

La Cour de cassation dans un arrêt du 3 juillet 2012³⁰⁶, affaire Sodi-médical, a rappelé fermement des solutions qui pouvaient paraître acquises mais, qui dans un tel contexte, revêtent une importance toute particulière s'agissant notamment de la notion de cessation de paiement.

La Cour de cassation précise que l'état de cessation des paiements doit être caractérisé objectivement et que l'impossibilité d'honorer le passif exigible et l'actif disponible est le seul critère à vérifier. Toute recherche des mobiles du débiteur

³⁰⁵ Art. L. 631-1 du Code de commerce: « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ». À croiser avec : Rapport au Président de la République sur le projet d'ordonnance présentant les mesures législatives nécessaires à l'atteinte des objectifs de la loi LME du 4 août 2008 : « *Ce dont il résulte que le débiteur ne pourra se prévaloir de l'inertie de son créancier pour exclure une créance du passif exigible* ». Une démonstration positive de l'accord même tacite du créancier est donc requise.

³⁰⁶ Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : JurisData n° 2012-015231 ; Rev. proc. coll. 2013, comm. 6, obs. B. SAINTOURENS ; Act. proc. coll. 2012-14, comm. 206, obs. L. FIN-LANGER ; D. 2012, 1814, obs. A. LIENHARD ; D. 2012, p. 2548, obs. J. LECAROS ; Rev. dr. trav. 2012, p. 574, obs. E. SERVERIN ; Rev. sociétés 2012, p. 527, obs. L.-C. HENRY ; JCP E 2012, 1509, note C. CERATI-GAUTIER ; JCP E 2012, 1757, n° 1, obs. PH. PÉTEL ; Gaz. Pal. 5-6 sept. 2012, p. 5, obs. D. DEMEYRE ; BJE 2012, 279, concl. R. BONHOMME, note CH. NEAU-LEDUC ; Leden sept. 2012, p. 2, obs. CH. DELATTRE ; Dr. sociétés 2012, comm. 189, note J.-P. LEGROS ; LPA 15 avr. 2013, p. 4, obs. A. Zattara-Gros ; Bull. Dict. perm. diff. entr. n 340, obs. PH. ROUSSEL GALLE - R. DAMMANN ET S. FRANÇOIS, Le droit social à l'épreuve de l'instrumentalisation des procédures collectives : D. 2012, p. 2212.

est inopérantes et ne peut justifier un refus d'ouvrir une procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

286. Rôle du président. Quoiqu'il en soit le mandataire *ad hoc* nommé doit se préoccuper au plus vite de trouver un accord avec les principaux créanciers sur un moratoire ayant pour effet de différer l'exigibilité des dettes et de faire ainsi disparaître l'éventuel état de cessation des paiements.

Le président se voit donc confier un rôle de filtre naturellement. L'essentiel des demandes ont pour objectif une restructuration de l'endettement au sein d'un cadre adapté de négociation avec les partenaires, lesquels sont, le plus souvent, les banquiers et les quarante-cinq jours autres créanciers financiers, mais peuvent être également les bailleurs, les créanciers publics ou sociaux etc.

Sur le principe même, le champ couvert peut être beaucoup plus large dans la mesure où les textes concernant le mandat *ad hoc* n'apportent en la matière aucune précision.

Une difficulté surgit si la demande vise à résoudre une situation conflictuelle entre associés de la débitrice. Se pose alors la question de savoir si la qualité de débiteur, dont on déduit de l'article R. 611-18 du Code de commerce qu'il peut s'identifier comme « *le représentant légal de la personne morale* », c'est-à-dire le mandataire social ou un des mandataires sociaux, ne crée pas une contradiction avec une telle définition de mission ?

Pour pouvoir demander la nomination d'un mandataire *ad hoc*, il faut à tout le moins qu'il soit démontré que ces difficultés d'associés et/ou de gouvernance risquent effectivement d'entraîner des difficultés cette fois d'entreprise. En général, ce type de demande est rejeté retenant comme motivation d'une part que les critères d'ouverture ne sont pas remplis et d'autre part le risque de confusion qui est susceptible de s'installer chez les autres parties.

Les débats lors de l'entretien d'ouverture vont aussi porter sur le bien-fondé du choix stratégique fait par le débiteur, généralement peu familier des mesures de prévention. Il s'agit alors de vérifier, sans s'immiscer dans ses choix de gestion qu'il est bien informé des solutions judiciaires qui s'offrent à lui, qu'il a bien pris en compte les conséquences de la proximité d'un état de cessation de ses paiements.

D'autres critères sont parfois évoqués, comme le nombre de créanciers en cause ou encore l'existence d'axes de discussion distincts qu'il convient d'ouvrir séparément, tous points qui peuvent amener le juge à alerter le débiteur sur les limites des procédures de prévention.

Cette partie de la discussion garde cependant un caractère purement informatif, le juge ouvrant la procédure requise pour autant que les critères formels soient bien réunis.

287. Le législateur laisse un libre choix du mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce et en matière de copropriété. En pratique, le juge nomme des professionnels reconnus. Dans le Livre VI, des règles d'incompatibilités et de fixation de la rémunération sont strictement encadrées, ce qui n'est pas encore le cas en matière de copropriété. Un projet de réforme en cours le prévoit³⁰⁷.

La procédure de demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* est soumise à un formalisme obligatoire dans la loi de sauvegarde et dans les copropriétés.

La différence entre ces deux procédures réside, d'une part, dans la confidentialité totale propre au Livre VI du Code commerce, inexistante pour les copropriétés puisque dans cette hypothèse le législateur a prévu l'information du Préfet, du Maire, et du Président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat³⁰⁸.

Elle réside, d'autre part, dans la faculté des créanciers de la copropriété de saisir le juge, ce qui n'est pas le cas des créanciers du Livre VI du Code de commerce. Enfin, alors que seul le débiteur dans les entreprises en difficultés peut demander la nomination d'un mandataire *ad hoc*, plusieurs personnes peuvent formuler cette demande en matière de copropriété.

³⁰⁷ V. supra

³⁰⁸ Article 29-1A de la Loi du 10 juillet 1965.

Le mandataire *ad hoc*, en matière de sauvegarde des entreprises en difficulté, assure généralement une mission de négociation avec les créanciers et son intervention constitue une faculté obligatoire.

CHAPITRE II.

LA NÉGOCIATION AVEC LES TIERS

288. L'intérêt du mandat *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce, réside dans le fait qu'il a pour but, sous l'égide du président du tribunal et avec le concours d'un mandataire *ad hoc*, d'analyser la situation exacte du justiciable, de préparer avec le chef d'entreprise un plan sérieux de redressement financier, économique et social et de négocier puis d'obtenir l'accord des créanciers sur les modalités de paiement du passif.

L'importante augmentation du nombre des demandes adressées aux présidents des juridictions commerciales de 2006 à 2013 montre que les procédures de mandat *ad hoc* et conciliation sont de mieux en mieux connues des chefs d'entreprise qui seuls peuvent en solliciter la mise en œuvre et largement utilisées.

On observe une forte augmentation du nombre des demandes d'ouverture de ces deux procédures, qui passe de 1.812 en 2008 à 3.010 en 2009, puis se stabilise ensuite autour de 2.500 par an.

La crise économique a incité de plus en plus de chefs d'entreprise à solliciter le bénéfice de ces procédures, conscients, ainsi que leurs conseils et leurs créanciers, de la possibilité qu'elles offrent de parvenir à un règlement négocié et amiable de leurs difficultés.

L'analyse des pièces figurant dans la demande de nomination d'un mandataire *ad hoc*, et l'entretien qu'il a avec le chef d'entreprise pour recueillir ses observations, permettent au président du tribunal de décider ou non, à bref délai, de nommer un mandataire *ad hoc*.

C'est donc avec une grande célérité que ces requêtes sont examinées, permettant ainsi d'ouvrir la procédure de manda *ad hoc* très rapidement.

289. Statistiques. Selon un rapport sur « *la prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011* » rédigé par Madame Maud GUILLONNEAU, Chef du Pôle d'évaluation de la justice civile de la direction des affaires civiles et du sceau, Monsieur Jean-Philippe HAEHL, Professeur émérite à la faculté de droit de l'Université Lyon III et Brigitte MUNOZ-PEREZ, CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne., les mandats *ad hoc* et les conciliations sont beaucoup plus nombreux que les sauvegardes.

Tout en modifiant la réglementation du mandat *ad hoc* et surtout celle de la conciliation, la loi du 26 juillet 2005 a institué une nouvelle procédure, la sauvegarde.

Cette dernière, qui ne peut être demandée que par le chef d'entreprise, a pour objectif de faciliter, avant ou pendant tout état de cessation des paiements et en cas de difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter, sa réorganisation afin de permettre la poursuite de son activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement de son passif.

Cependant, à la différence du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation, il est difficile de la qualifier de préventive puisque la sauvegarde est une véritable procédure collective.

Le nombre limité des ouvertures de mandat *ad hoc*, de conciliation et de sauvegarde par rapport à celui des redressements et des liquidations judiciaires, ne rend absolument pas compte de l'importance économique, financière et sociale des entreprises qui en ont bénéficié.

Selon le rapport précité, le bilan de la prévention dressé de janvier à août 2011 pour le Tribunal de commerce de Paris établit que les entreprises ayant bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation employaient 38.000 salariés, soit en moyenne 440 salariés chacune. Il s'agissait donc « *d'entreprises moyennes à grandes, neuf fois plus importantes que celles soumises à une sauvegarde ou à un redressement judiciaire* ». Pour Nanterre, sur la même période, on dénombrait 18.500 salariés, avec en moyenne un peu plus de 500 salariés par entreprise.

Monsieur Y. LELIEVRE, Président du Tribunal de commerce de Nanterre, indique qu'en 2011, devant ce tribunal, les 54 accords amiables obtenus ont concerné 35.000 salariés, soit en moyenne 648 salariés par dossier, contre 5 dans les procédures collectives.

Maître H. Bourbouloux, administrateur judiciaire à Nanterre, donne des indications sur l'importance des dossiers traités dans son étude de fin 2008 à début 2012³⁰⁹ : « *20 groupes sous LBO ont bénéficié avec succès d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation et ils représentaient 63.000 salariés, une dette financière globale de plus de 10 M € et un chiffre d'affaires consolidé de 9,5 M €..*».

³⁰⁹ H. BOURBOULOUX, « Éclairage – Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues ! La boîte à outils du livre VI est performante », BJE, 01 juillet 2012 n° 4, P. 206

Dès lors que des PME, de grandes sociétés et parfois des groupes importants ont obtenu, et mené à bonne fin, un mandat *ad hoc*, leur efficacité économique et sociale est sans commune mesure avec leur nombre, d'autant plus que les justiciables des procédures collectives sont, à quelques exceptions près, plutôt des très petites et moyennes entreprises.

Le rapport précité indique également qu'à eux seuls, quatorze tribunaux de commerce concentrent 50% des mandats *ad hoc* et des conciliations accordés et les cinq premiers d'entre eux 31 %. Cette très forte concentration des procédures préventives dans un faible nombre de tribunaux de commerce doit être soulignée.

Il ne suffit pas de relever qu'en ont bénéficié des sociétés, parfois importantes, dont les sièges sociaux se trouvent dans le ressort de ces juridictions, puisque cela a aussi été le cas de nombreuses PME, ainsi que le confirment les magistrats et les praticiens.

Au sein des vingt trois tribunaux de commerce qui ont traité plus de 100 procédures préventives de 2006 à 2011, neuf tribunaux de commerce ont une part de mandats *ad hoc* en dessous de la moyenne nationale : Nanterre (41,1%), Rennes (42,7%), Lyon (45,1%), Paris (47,4%), Angers (48,5%), Evry (49,8%), Dijon (50,7%), Bobigny (52,5%) et Nantes (55,7%), et trois se situent autour de la moyenne nationale : Orléans (63,6%), Chambéry (64,8%) et Saint Nazaire (65,4%).

Enfin, onze tribunaux de commerce dépassent, et pour certains très largement, le pourcentage national des deux tiers de mandats *ad hoc* : Cannes (68,4%), Versailles (76,1%), Aix en Provence (77,2%), Créteil (79,4%), Besançon (79,8%), La Roche sur Yon (81,5%), Marseille (82,6%), Nice (83,6%), Toulouse (87,7%), Avignon (96,1%) et Toulon (99,2%).

290. Un certain nombre de mandats *ad hoc* donnent lieu ensuite à l'ouverture d'une conciliation lorsque l'entreprise vient à se trouver en cessation des paiements ou pour faire constater par le président ou homologuer par le tribunal l'accord qui a été négocié et conclu avec les créanciers.

De même, un mandat *ad hoc* peut servir de phase préparatoire à une procédure de sauvegarde, ce qui peut permettre d'en justifier l'ouverture et surtout d'en réduire la durée lorsque, durant la procédure préventive, un accord avec les créanciers a été déjà largement négocié.

Parfois même, l'ouverture d'une sauvegarde permet de convaincre un créancier récalcitrant ou un groupe de créanciers minoritaires, d'accepter le plan de redressement financier.

D'ailleurs, cette dernière pratique a été consacrée par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 instituant, dans son article 57, la procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA, articles L. 628-1 à L. 628-7 du Code de commerce).

Le mandat *ad hoc* permet d'obtenir l'accord des créanciers ; néanmoins, cet accord n'a que la force obligatoire d'un contrat. C'est notamment pour cette raison que les praticiens sollicitent dans un premier temps un mandat *ad hoc* préparatoire avant de demander ensuite l'ouverture d'une conciliation à seule fin de faire constater ou homologuer l'accord déjà obtenu.

Le taux de réussite de 70 % de ces procédures est souvent cité. Il semble correspondre plutôt aux accords conclus avec les créanciers à l'issue des mandats *ad hoc* qu'à celui du rebond durable des entreprises constaté bien plus tard.

Les informations statistiques collectées sur les mandats *ad hoc* sont plus succinctes. A la différence des procédures de conciliation, les caractéristiques de l'entreprise bénéficiant d'un mandat *ad hoc* ne font pas l'objet d'un relevé statistique. De plus, on ne dispose pas actuellement de statistiques sur la durée de la procédure de mandat *ad hoc*.

En effet, à la différence de la conciliation, le mandat *ad hoc* n'est pas limité légalement dans le temps. Si une fin du mandat *ad hoc* est néanmoins prévue lorsque le chef d'entreprise la sollicite du président du tribunal, pour l'heure, cette décision ne fait pas l'objet d'une extraction statistique, tout comme l'ordonnance de fin de mission et de taxation, sollicitée par le mandataire, qui permettraient de savoir quelle a été la durée du mandat *ad hoc*, mené ou non à bonne fin.

291. Le mandataire *ad hoc* assure une mission classique pour les entreprises en difficulté. Néanmoins, on constate une grande diversité des missions assurées par ce mandataire dont le rôle essentiel consiste à assurer la négociation des dettes de l'entreprise avec les créanciers.

Bien que le rôle de négociation des dettes mandataire *ad hoc* se retrouve en matière de copropriétés et des entreprises en difficultés, une étude distincte s'impose.

Il convient donc d'aborder le domaine d'application du mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce et en matière de copropriété (**Section I**) avant de déterminer si le recours au mandataire *ad hoc* n'est pas devenu obligatoire bien que facultatif (**Section II**).

SECTION I. LE DOMAINE D'APPLICATION DU MANDATAIRE *AD HOC*

292. La technicité de la procédure en matière de copropriété en pré difficulté (§2), impose une distinction par rapport à la loi de sauvegarde (§1), bien que la mission du mandataire *ad hoc* dans les deux domaines soit très similaire.

§ 1. LES MISSIONS DU MANDATAIRE *AD HOC* DANS LES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

293. L'étude du mandataire *ad hoc*, intervenant dans les mesures préventives dans le cadre des entreprises en difficultés, a permis de constater qu'au delà de la mission classique du mandataire *ad hoc*, qui a pour finalité de permettre au débiteur, avec son aide, de négocier avec ses créanciers un échéancier lui permettant de faire face à ses obligations en évitant une aggravation de ses difficultés (A), il était nommé dans des situations extrêmement diverses (B).

Ainsi, le mandataire *ad hoc* est notamment chargé d'exercer un contrôle sur les activités de la société, sans intervenir dans sa gestion.

A. La mission « classique » du mandataire *ad hoc*

294. On peut constater une mission classique impartie au mandataire *ad hoc*. L'ordonnance de nomination du mandataire *ad hoc* définit l'objet de sa mission³¹⁰, à savoir, apporter une assistance au débiteur³¹¹.

³¹⁰ C. com., art R. 611-19, al. 3.

Le président du tribunal, dans l'ordonnance, détermine le contenu de la mission qui est parfaitement adaptée à la demande du dirigeant et aux besoins de l'entreprise (C. com., art. L. 611-3). Dans le même temps, le mandataire *ad hoc* rend compte périodiquement au président de sa mission. Il est toujours investi d'une mission limitée dans son objet.

La mission du mandataire *ad hoc* ne comporte jamais le pouvoir de gérer et administrer³¹². Bien qu'il tienne son mandat de l'autorité judiciaire et qu'il œuvre, dans le respect de la loi, sous surveillance de la justice, il ne dispose d'aucun pouvoir légal à l'égard ni des organes sociaux, ni des créanciers. Ce n'est pas un administrateur provisoire.

On notera notamment que le mandat *ad hoc* n'emporte aucune suspension provisoire des poursuites de la part des créanciers de l'entreprise.

Celle-ci doit donc, pendant le mandat *ad hoc*, continuer à faire face à ses charges courantes (sauf possibilité pour le mandataire d'obtenir, au cas par cas, des principaux créanciers qu'ils renoncent à l'exigibilité de leur créance pendant la période des négociations).

295. Les phases de la mission. Le mandataire *ad hoc* va procéder à une analyse précise de la situation (causes et nature des difficultés, possibilités de redressement), participer aux négociations avec les créanciers et faciliter un règlement contractuel (moratoire comportant des délais et/ou des remises, obtention de subventions...).

Généralement, la mission du mandataire *ad hoc* se déroule en trois phases³¹³.

- Dans une première phase dite de préparation, le mandataire *ad hoc* va prendre connaissance de la situation de l'entreprise, évaluer les capacités de retrouver une activité bénéficiaire, obtenir un audit et un business plan afin d'être en mesure de négocier avec les principaux partenaires de l'entreprise.

³¹¹ Rapport n° 335 p. 100 (2004-2005) de M. J.-J. HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 mai 2005 (Projet de loi de sauvegarde des entreprises).

³¹² Rapp. J.-J. HYEST, n° 335, p. 100. ; P. PÉTEL, Les acteurs de la procédure : les dirigeants, LPA 20 mars 2007, n° 57, p. 18. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, n° 282.

³¹³ E. PICARD, Un mandat *ad hoc* confirmé et une procédure de conciliation améliorée, 1re table ronde, LPA 16 mars 2006, n° 54, p. 10.

- Dans la deuxième phase, le mandataire *ad hoc* et le débiteur vont engager les négociations avec les partenaires de l'entreprise, notamment les établissements bancaires, les créanciers institutionnels, les actionnaires auxquels il sera demandé de financer en partie la restructuration de l'entreprise.

Il s'agit donc d'arriver à un accord sur des délais de paiement ou des remises. Il convient également de consolider les concours dont l'entreprise peut bénéficier, voire d'en négocier de nouveaux pour lui permettre d'améliorer sa situation.

Mais, dans ce dernier cas, les créanciers demanderont peut-être à basculer dans la conciliation pour bénéficier du nouveau privilège instauré par l'article L. 611-11 du Code de commerce.

En effet, l'une des nouveautés très remarquée de la loi sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a été l'institution du privilège de la conciliation (ou privilège de « new money » « argent frais »).

Cette technique consiste à conférer aux créanciers, qui feront des efforts dans l'accord de conciliation homologué, une situation privilégiée pour les encourager à aider l'entreprise en difficulté. Ils bénéficieront, à la condition d'avoir déclaré leur créance, d'un privilège très haut placé en cas d'ouverture d'une procédure collective suite à l'échec de la procédure de conciliation. Cette procédure est assez fréquente et a déjà été expérimentée avec les créanciers postérieurs dans les procédures collectives³¹⁴.

La procédure de conciliation, malgré le privilège de « new money » reste une procédure assez lourde dont la durée est limitée à 4 mois, contrairement au mandat *ad hoc* dont la procédure est souple, où il n'y a pas de délai mais qui n'apporte aucun avantage.

- La troisième et dernière phase consiste en la rédaction et la conclusion de l'accord négocié qui aura force exécutoire selon l'article 1134 du Code civil.

³¹⁴ C. HENRY, La notion de privilège dans la loi de sauvegarde, Rev. proc. coll. avr.-mai-juin 2008. 20. – PH. ROUSSEL GALLE, Les privilèges de procédures, CDE n° 4, juill. 2009, dossier 24 ; Être ou avoir été, A propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation, LPA 2008, n° 160, p. 5

Le mandat *ad hoc* tel qu'il est conçu par le législateur est marqué par une souplesse qui doit lui permettre de s'adapter aux diverses situations économiques que rencontrent les entreprises.

Ses missions sont souvent dès lors très diverses permettant ainsi d'aboutir à des solutions multiples.

B. la diversité des missions du mandataire *ad hoc*

296. Des missions multiples. Qualifié d'observateur de gestion ou de surveillant de gestion³¹⁵, le mandataire *ad hoc* est chargé d'exercer, « *sans intervenir dans la gestion de la société, un contrôle sur ses activités* »³¹⁶, ou encore reçoit, selon la Cour de cassation, un simple droit de contrôler la gestion du gérant qui conserve ses pouvoirs³¹⁷.

Les missions du mandataire *ad hoc* sont parfois diverses par la réunion éventuelle de plusieurs missions dans un même « *mandat* » comme par exemple une enquête sur le litige et une tentative de conciliation.

La diversité peut être due à la chronologie des litiges et à la possible adaptation des missions en fonction des difficultés rencontrées.

Le rôle du mandataire *ad hoc* peut ainsi consister dans l'assistance des dirigeants lors d'un conflit, dans la recherche d'une solution à une crise passagère.

Il peut s'agir de régler un conflit de nature pécuniaire ou sociale au sein de l'entreprise, des difficultés avec un associé, un partenaire, un banquier, un fournisseur ou de concilier des intérêts divergents.

³¹⁵ T. com. Paris, réf., 14 févr. 1990 : JCP 1990, éd. G, II, 21561, note M. COZIAN ET A. VIANDIER, n° 493 ; PH. MERLE, n° 577.

³¹⁶ CA Paris, 27 févr. 1980

³¹⁷ Cass. com., 18 oct. 1950 : JCP 1951, éd. G, II, 6238, note D. B.

L'analyse de la jurisprudence démontre que le mandat *ad hoc* vise rarement la seule conciliation. Le plus souvent la mission de conciliation complète, parfois presque implicitement, une autre mission³¹⁸.

La Cour d'appel de Paris a notamment donné au mandataire *ad hoc* « mission d'assister le conseil d'administration de la société dans la recherche d'une solution aux conflits subsistant entre les actionnaires »³¹⁹.

297. Le mandat *ad hoc* plus adapté pour certaines difficultés. Du fait de sa nature purement contractuelle, ne permettant pas d'imposer des solutions à des créanciers réfractaires, le mandat *ad hoc* semble adapté pour résorber un passif bancaire mais non pour un passif social et fiscal.

En particulier, la saisine de la Commission des chefs de services financiers (CCSF), destinée à solliciter une mesure de faveur à ce créancier public, permettra, en pratique, un étalement du passif social et fiscal sur au maximum 48 mois.

Il faudra que de tels délais soient suffisants pour tirer profit d'un mandat *ad hoc* en présence d'un tel passif.

La mission peut consister à assister le dirigeant dans une négociation avec des tiers, procéder à la surveillance d'une action ponctuelle, à des analyses préliminaires à une décision de justice, négocier une restructuration³²⁰ ou surveiller la bonne exécution d'un protocole arrêté.

Lorsque les prestations de l'entreprise sont échelonnées dans le temps, par exemple pour une entreprise de bâtiment et de travaux publics, la confiance des partenaires contractuels est primordiale. Le mandat *ad hoc* est alors beaucoup plus adapté que la sauvegarde du fait de sa confidentialité.

³¹⁸ CA Paris, 18 mars 1988 : D. 1989, p. 359, note LAROCHE-GISSEROT. - T. com. Paris, 14 févr. 1990, préc. note (13). Sur une mission uniquement de conciliation, V. TGI Paris, 16 nov. 1988 : Gaz. Pal. 1989, 2, p. 790, note FOURGOUX. - CA Paris, 28 sept. 1976 : JCP 1978, éd. G, II, 18810, note ROBERT : mais il s'agissait de litiges sur l'exécution d'un contrat.

³¹⁹ CA Paris, 7 juin 1990, note PH. MERLE, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 4e éd., nos 574 et s.

³²⁰ Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, Le mandat *ad hoc*, mode d'emploi, voir n°2437

En revanche, lorsque le débiteur fournit des prestations instantanées, par exemple s'il exerce son activité dans le secteur de la restauration, la confidentialité importe moins.

Le mandataire *ad hoc* peut être désigné pour l'accomplissement de toutes démarches et diligences à l'effet d'aboutir à une restructuration et à cette fin de nouer toute négociation avec toute personne concernée, préparer et conduire l'entrée de nouveaux partenaires dans le capital social, plus généralement assister et conseiller le dirigeant et les partenaires jusqu'à ce qu'une telle restructuration ait pu intervenir.

298. Évolution possible de la mission du mandataire *ad hoc*. Si la mission impartie ne correspond pas à la situation ou si la mission évolue dans le même litige³²¹, il convient alors, par voie de requête, de solliciter du président une modification. Tout est maîtrisé, réglementé.

Le dirigeant conserve tous ses pouvoirs, il est seulement assisté par le mandataire *ad hoc* dans la recherche d'une solution durable aux difficultés rencontrées³²². Même sous forme d'assistance, le contrôle de gestion exclut le dessaisissement des dirigeants.

Le juge ne peut rien décider qu'on ne lui ait demandé, le principe de contradiction devant en outre être respecté. Ainsi, sauf urgence extrême, le contrôleur de gestion, quand il saisit le juge d'une difficulté, doit donc appeler à l'instance les parties au litige, outre la société.

Il revient alors aux parties de décider si elles persistent dans leur volonté initiale et demandent en conséquence, au besoin jusqu'à l'administration provisoire, une extension des pouvoirs du mandataire de justice³²³.

³²¹ Cass. com., 10 janv. 1972 : JCP 1972, éd. G, II, 17134, note Y. GUYON. CA Paris, 12 févr. 1991 : Bull. Joly 1991, p. 410, note LE CANNU.

³²² P. PÉTEL, Les acteurs de la procédure : les dirigeants, LPA 20 mars 2007, no 57, p. 18.

³²³ Cela ne signifie pas que le contrôleur de gestion n'a pas qualité pour demander une mesure plus grave. En charge d'intérêts que la décision le désignant a précisés, il a qualité pour former toute demande propre à préserver ces intérêts ; voir Cass. com., 21 avr. 1992 et Cass. 2e civ., 17 juill. 1976, Bull. civ. II, n° 251. Cass. com., 6 mai 1986 : Bull. civ. IV, n° 77 ; Rev. sociétés 1987, p. 286, obs. Y. GUYON ; Defrénois 1987, art. 33950, p. 606, note J. HONORAT. - Cass. 1re civ., 22 juill. 1986 : Bull. civ. I, n° 224 ; JCP 1986, éd. G, IV, p. 311. - CA Paris, 7 juin 1990, Courrèges.

Le mandat du commissaire-enquêteur ou de l'enquêteur, plus délicat à mettre en oeuvre, est peu apprécié par la doctrine. En outre, au dispositif de leurs décisions, les juges définissent souvent les missions d' « enquête » avec des détails qui dissimulent mal une certaine complexité.

Dans le cas le plus simple, le mandat *ad hoc* initial doit a priori suffire à la solution du litige, mais la mission peut donc être modifiée et des mandats *ad hoc* différents³²⁴ peuvent même se succéder.

Dans d'autres cas, une mission d'enquête est d'abord ordonnée afin de vérifier prudemment la nécessité du mandat *ad hoc* réclamé ou d'en fixer l'étendue, ou d'inciter les parties à une solution amiable. Sauf urgence extrême ou crise manifestement avérée c'est aujourd'hui la pratique courante au Tribunal de commerce de Paris³²⁵.

Plus rarement, l'administration provisoire d'abord décidée se révèle inadaptée à l'évolution du litige ou moins adaptée que le mandat *ad hoc* ensuite retenu³²⁶. La qualification d'administration provisoire³²⁷ est réservée aux missions qui substituent le mandataire de justice aux organes sociaux, ainsi dessaisis de leurs pouvoirs statutaires³²⁸. À ce titre, il est un mandataire au sens civiliste du terme : par ses actes, il engage la société quelle que soit la querelle sur la nature des

³²⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 1989. La procédure relatée par la Cour de cassation est particulièrement significative. Le président du tribunal de grande instance avait nommé un "observateur", avec mission de vérifier les comptes et la répartition des bénéficiaires, en outre de préparer l'établissement du bilan. Ensuite la cour d'appel substituait à la mission d'observation une mission d'expertise comptable, complétée d'une "mission d'administration financière provisoire". Sur une mission en principe non évolutive, afin de "prévenir un dommage imminent" (NCPC, art. 873) dans une assemblée générale, V. par ex. T. com. Paris, réf., 30 mai 1989, LVMH ou Cass. com., 5 févr. 1985 : Bull. civ. IV, n° 44 ; JCP 1985, éd. G, II, 20492, note A. VIANDIER ; - 17 oct. 1989 : Bull. civ. IV, n° 250 ; Rev. sociétés 1990, p. 30, note E. CHARTIER.

³²⁵ T. com. Paris, réf., 14 févr. 1990 RTD com. 1990, p. 585, obs. C. CHAMPAUD ; - 23 mars et 20 avr. 1989, Quartel. CA Paris, 18 mars 1988 : D. 1989, p. 359, note F. LAROCHE-GISSEROT. - T. com. Paris, 30 mai 1989, LVMH.

³²⁶ CA Paris, 7 juin 1990, note Y. GUYON, L'administration judiciaire : J.-Cl. Sociétés, Fasc. 37 et Droit des affaires, t. 1, 8e éd., Economica, nos 449-450 ; M. COZIAN ET A. VIANDIER, Droit des sociétés, 8e éd., Litec, nos 479 et s. ; PH. MERLE, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 4e éd., nos 574 et s.

³²⁷ V. Infra p 297

³²⁸ On peut citer au moins cinq thèses de doctorat : Lacoïn, Des administrateurs commis par justice, Paris 1898 ; B. BOCCARA, L'administration provisoire des sociétés commerciales, Paris 1948 ; A. CHASSAGNON, L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice, Paris 1954 ; C. DE BUTTET, L'administration provisoire des sociétés commerciales, Lyon 1970 ; D. AZENCOT, L'intervention du juge dans la gestion de sociétés commerciales, Paris 1979.

organes sociaux³²⁹. Il faut seulement rappeler que la terminologie usuelle est imprévisible : ainsi le mandataire de justice désigné pour représenter en justice une société liquidée est-il appelé tantôt mandataire *ad hoc*, tantôt administrateur *ad hoc*³³⁰.

299. La notion de « mandat judiciaire » n'est pas univoque. Dans une première acception elle désigne un mandat au sens civiliste du terme, ledit mandat étant judiciaire au motif qu'il est donné par le juge³³¹. Mais dans une seconde acception, le mandat judiciaire n'inclut aucun pouvoir d'engager le patrimoine d'un tiers.

Il se rattache alors à la notion commune de mandat, évocatrice d'un ordre, ou d'une mission. C'est la conception apparemment retenue en droit public, dans le mandat des parlementaires, et en droit pénal, dans les mandats d'amener, de dépôt, d'arrêt (CPP., art. 122).

En procédure civile, on parle plutôt de « mission », par exemple dans l'article 236 du Code de procédure civile pour l'expert.

Le mandataire *ad hoc*, dans cette seconde acception exclusive d'un pouvoir de représentation, reçoit mission d'accomplir certains actes ou déployer une certaine activité dans le but fixé par le juge.

Ainsi définie, la notion de mandat *ad hoc* autorise une grande diversité des missions conférées par le juge.

³²⁹ Car la querelle concerne l'éventuel mandat que les associés donneraient aux organes sociaux : or il s'agit ici du pouvoir de représentation de la société. La querelle perdrait sans doute beaucoup de son acuité si l'on admettait qu'un mandat peut aussi bien être légal ou judiciaire que conventionnel : la convention n'est pas la seule source possible du mandat de représentation.

³³⁰ Cass. com., 12 avr. 1983 : Bull. civ. IV, n° 113 ; - 11 juill. 1988 : Bull. civ. IV, n° 248 ; Rev. sociétés 1988, p. 521, note Y. GUYON ; - 26 janv. 1993 : Bull. civ. IV, n° 33. Parfois même est retenue l'appellation de "liquidateur", alors que précisément la liquidation a été clôturée, V. Cass. com., 15 mai 1984 : Bull. civ. IV, n° 162.

³³¹ Mais ils ne sont pas mandataires du juge, qu'ils ne représentent ni n'engagent, V. G. BOLARD, La déontologie des mandataires de justice dans les faillites : D. 1988, chron. p. 261 et s., n° 21 ; V. Y. GUYON, Droit des affaires. CA Paris, 12 févr. 1991 : Bull. Joly 1991, p. 410, note P. LE CANNU.

300. Les juges rappellent le caractère subsidiaire et exceptionnel de la mission du mandataire *ad hoc*³³² et sa nature provisoire.

Le mandataire *ad hoc* du Livre VI se rapproche en ce sens du mandataire *ad hoc* hors procédure collective qui peut se voir confier également des missions très diverses.

Le juge va donc lui confier une mission ponctuelle telle que convoquer une assemblée³³³, fixer un ordre du jour, voter à la place d'un associé défaillant³³⁴, représenter au sein de l'assemblée générale des actions démembrées et assurer leurs droits de vote³³⁵, vérifier des comptes ou les déposer, ainsi que tout autre document³³⁶, assister le conseil d'administration pour mettre fin à un conflit³³⁷, racheter les parts de l'associé retrayant dans une SCP³³⁸.

Une confusion des termes est de même observée avec le mandataire *ad hoc* hors procédure collective. A titre d'exemple, dans un arrêt du 10 novembre 2009³³⁹, la chambre commerciale de la Cour de cassation revient sur les conditions à remplir pour obtenir la nomination d'un administrateur provisoire, qualifié à tort mandataire *ad hoc* par les juges.

L'originalité de l'espèce résulte cependant du fait que la demande procédait d'un actionnaire d'une SAS qui détenait également la nue-propriété d'un certain nombre d'actions et qui avait pour objet de désigner « un mandataire *ad hoc* avec pour mission de représenter, au sein de l'assemblée générale de la société, les actions démembrées et d'assurer leur droit de vote ».

³³² CA Paris, 3 avr. 1998, Juris-Data n° 020715

³³³ Com. 13 nov. 2003, n° 99-19.201, inédit. - Com. 22 févr. 2005, n°03-12.902, Bull. civ. IV, n° 38. - Civ. 2e, 8 déc. 2005, n° 03-17.336 - CA Paris, 23 sept. 2008, n° 07/10818. - Civ. 3e, 27 janv. 2009, n° 08-11.753 - CA Besançon, 29 avr. 2009, JCP E 2009. 1957, note R. MORTIER. - Com. 29 sept. 2009, Bull. Joly 2010. 23, note G. Gil ; RJ com. 2010. 180, note S. MESSAÏ-BAHRI ; LPA 13 janv. 2010. 9, note H. MOUBSIT. - Com. 13 oct. 2009, Bull. Joly 2010, § 5, p. 29, note A. LECOURT.

³³⁴ Com. 9 mars 1993, Bull. Joly 1993. 537, note P. LE CANNU ; Dr. sociétés 1993, no 95, obs. H. LE NABASQUE. - Civ. 3e, 1er déc. 2009, n° 08-19.719, Bull. Joly 2009. 98 ; RTD com. 2010. 135, obs. CL. CHAMPAUD ET D. DANET.

³³⁵ Com. 10 nov. 2009, n° 08-19.356

³³⁶ CA Paris, 14 juin 1994, Bull. Joly 1994. 1228 ; BRDA 1994, n° 15-16, p. 4 ; RJDA 1994, n° 1025, p. 808. - Com. 6 déc. 2005, n° 04-13.873, Rev. sociétés 2006. 323, note F. PASQUALINI

³³⁷ CA Paris, 7 juin 1990, D. 1990. IR 194 ; Bull. Joly 1990. 760, note P. LE CANNU

³³⁸ Civ. 1re, 14 déc. 2004, Bull. Joly, 2005, p. 525, note J.-J. DAIGRE

³³⁹ Cour de cassation, 10 nov. 2009, n° 08-19.356, Caillaboeuf ép. Cohen c/ Pelve, Dr. sociétés, janv. 2010, comm. 8, obs. H. HOVASSE ; Rev. sociétés 2010. 219, note D. PORACCHIA

Madame X et son fils Monsieur Y sont actionnaires de cette société. Madame X détient cependant le contrôle de la société en raison de sa maîtrise des droits de vote sur les actions qu'elle détient en usufruit et en pleine propriété. Elle est également présidente du conseil de surveillance. Son fils est le président de la SAS. Un conflit naît entre les membres de cette famille.

Madame X convoque le conseil de surveillance. Celui-ci se tient et Madame X, seule présente lors de la réunion, propose la révocation de Monsieur X de ses fonctions de président de la société. À la suite de cette réunion, Monsieur Y ajourne l'assemblée et le notifie par huissier à Madame X.

Celle-ci passe outre et préside une assemblée générale seule et décide de « *relever Monsieur X de ses fonctions de président* ». Pour autant, cette assemblée générale sera reportée par décision du président du tribunal de commerce au 29 février 2008. Monsieur X demande alors, en référé, au tribunal de commerce la désignation d'un mandataire *ad hoc* avec mission de le représenter, au sein de l'assemblée générale de la société à venir, au titre des actions démembrées et qu'il détient et d'assurer leurs droits de vote.

Les juges du fond acceptent de désigner un administrateur judiciaire en qualité de mandataire *ad hoc* au motif que Madame X avait manifesté sa volonté de mettre fin au mandat du président. Ils estiment donc que l'exercice par Madame X de ses pouvoirs d'actionnaire majoritaire avait conduit la société à prendre des décisions manifestement précipitées et difficilement réversibles, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social et de compromettre l'avenir de l'entreprise.

La Cour de cassation censure la décision des juges du fond et rappelle au visa des articles 872 et 873 du Code de procédure civile que : « *la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* », elle considère que les juges du fond n'ont pas « *précisé en quoi l'exercice par Madame X de ses pouvoirs d'actionnaire majoritaire et de présidente du conseil de surveillance empêchait un fonctionnement normal de la société* ».

En effet, la nomination d'un administrateur provisoire en référé, afin de palier les dysfonctionnements supposés de la société, ne peut être obtenue que si ceux-ci sont établis et que la société est menacée par un péril imminent. Il importe peu à cet égard que la mission impartie à l'administrateur provisoire ne soit pas une mission d'administration générale de la société.

Dès lors que cet administrateur, qualifié également par les juges de mandataire *ad hoc*, a une mission qui le conduit à remplacer certains organes de la société, même de façon ponctuelle, la mesure doit être justifiée par un péril imminent que seul le rétablissement du fonctionnement sociétaire par la nomination en cause permet de résoudre.

Au-delà d'ailleurs du droit des sociétés, la demande de nomination formée en référé justifie encore ces exigences.

En l'espèce, les éléments de fait retenus par les juges n'établissaient ni les dysfonctionnements en cause, ni le péril imminent dans lequel la société se serait trouvée. En effet, la situation se caractérisait par l'exercice, par la présidente du conseil de surveillance, actionnaire majoritaire, des pouvoirs que lui conférait cette double qualité. Aussi pouvait-elle, semble-t-il, faire adopter par le conseil de surveillance une proposition de révocation du président, et pouvait-elle encore, sans que le jeu sociétaire ne soit bloqué et ne mette en péril la société, voter la révocation dudit président lors de la prochaine assemblée.

Le conflit réel entre les associés ne conduisait donc pas à un dysfonctionnement sociétaire tel que la société était menacée d'un péril imminent.

Madame X, détentrice de l'usufruit de la moitié des actions émises par la société était majoritaire car les statuts de cette société avaient attribué à l'usufruitier le droit de vote attaché aux actions démembrées. Dans une telle configuration, la question se pose alors de savoir si le nu-proprétaire peut demander en référé la nomination d'un mandataire *ad hoc* lorsque l'usufruitier est appelé à voter une délibération portant atteinte à la substance de la chose.

En l'espèce, une telle demande ne pouvait prospérer dans la mesure où nulle atteinte à la substance des actions démembrées n'était en cause, sauf à avoir une vision très large de la substance de l'action, puisque le problème portait sur la révocation du président. En revanche, la question se pose lorsque l'usufruitier va, par exemple, voter une fusion, laquelle entraîne nécessairement une atteinte à la substance des titres qui vont disparaître.

Dans une telle situation, le vote de l'usufruitier n'est pas en soi constitutif d'un abus de son droit de vote. Pour autant, dans ce cas, le vote conduit bien à atteindre la substance de la chose. Dès lors, le nu-proprétaire doit pouvoir, avant que l'assemblée ne statue sur ce point, demander en référé la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour voter en lieu et place de l'usufruitier puisqu'un tel vote fait peser un péril imminent sur la substance de la chose et donc sur la société.

Néanmoins, le juge ne peut déterminer le sens du vote de ce mandataire pour que celui-ci préserve la substance. Le juge ne peut donc se substituer au titulaire du droit de vote défaillant. D'autant plus que la décision sur laquelle le mandataire *ad hoc* va devoir se prononcer peut porter atteinte à la substance de l'action, tout en étant conforme à l'intérêt de la société, et plus encore essentielle pour la société.

Dans une telle situation, son vote doit certes tenter de préserver les droits du nu-propriétaire, mais doit les préserver conformément à la fonction du vote attaché à l'action : la poursuite de l'intérêt social.

Dès lors, la mission d'un tel mandataire *ad hoc* doit être de voter conformément à l'intérêt de la société en préservant au mieux les intérêts du nu-propriétaire.

Les missions du mandataire *ad hoc* sont donc très diverses.

En matière de copropriétés en pré-difficultés, les missions du mandataire *ad hoc* sont semblables mais l'approche procédurale diffère.

§ 2. LA MISSION DU MANDATAIRE *AD HOC* DANS LES COPROPRIÉTÉS EN PRÉ-DIFFICULTÉS

301. Identification des causes des difficultés. La mission du mandataire *ad hoc* dans les copropriétés en difficulté consiste à identifier les causes des difficultés et les évaluer, à appréhender les données propres à la copropriété pour en déterminer les mesures tant curatives que préventives.

C'est d'ailleurs ce que dit en substance l'article 29-1-B alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1965 qui fait état du rapport que doit rendre le mandataire, ce document devant présenter : « *L'analyse de la situation financière du syndicat des copropriétaires et de l'état de l'immeuble, les préconisations faites pour rétablir l'équilibre financier du syndicat et, le cas échéant, assurer la sécurité de l'immeuble, ainsi que le résultat des actions de médiation ou de négociation qu'il aura éventuellement menées avec les parties en cause* ».

302. Rôle financier et de médiation du mandataire *ad hoc*. L'accent est mis sur les démarches d'intermédiation du mandataire, considérées comme des moyens efficaces de règlement des différends ou de discussion tendant, pour le syndicat des copropriétaires à bénéficier, par exemple, de délais de paiement ou de diminutions éventuelles de la dette, de taux d'intérêts minorés, etc.

Le mandataire *ad hoc* a donc un rôle comptable et financier mais également de médiation et de conciliation des divers acteurs dans le contexte d'une copropriété.

303. Rôle du juge. Il appartient au juge de déterminer la mission du mandataire *ad hoc*. A la lecture de la loi du 10 juillet 1965, le juge semble conserver cependant une latitude certaine puisqu'il n'est pas tenu de faire droit à la demande de nomination qui lui est soumise : « *le président du tribunal de grande instance... peut désigner un mandataire ad hoc...* ».

Le mandataire *ad hoc* peut être autorisé par le président à se faire assister, à ses frais, de tout technicien de son choix pour l'accomplissement de sa mission sur une question particulière (par exemple un technicien du bâtiment pour déterminer si les travaux votés ont été correctement exécutés).

304. Absence de dessaisissement des pouvoirs du syndic. À la différence de ce qui a été prévu en matière d'administration provisoire pour les copropriétés en difficulté, le syndic n'est en aucune manière dessaisi de son mandat ou de l'une quelconque de ses prérogatives.

Cela est très compréhensible car la situation qui préside à la désignation d'un expert n'implique pas la prise de mesures aussi radicales envers le syndic.

Dès lors, il pourra et devra collaborer avec le mandataire *ad hoc* et l'assister dans sa mission en lui fournissant tous les renseignements et toutes les pièces jugées utiles au bon déroulement de l'audit.

L'alinéa 3 de l'article 29-1-B dispose que le mandataire doit adresser son rapport au président du Tribunal de grande instance dans un délai de trois mois, renouvelable une fois par décision de ce même juge.

Au demeurant, aucune précision n'a été apportée sur les modalités de ce renouvellement et en particulier sur la ou les personnes en mesure de solliciter le prolongement de la mission du mandataire *ad hoc*. Ce vide juridique peut donc générer un contentieux du renouvellement du mandat.

305. Rémunération du mandataire *ad hoc*. L'ordonnance rendue par le juge précise, lorsque la saisine émane du syndic ou des copropriétaires, qui du syndicat et/ou du syndic devra régler les frais y afférents, le partage de ces frais entre les intéressés pouvant également être retenu. En revanche, le déclenchement de la procédure par un créancier entraîne l'obligation pour ce dernier d'en supporter les frais (article 29-1-B, alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965).

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit les critères de fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc* en matière de copropriété, ce qui risque également de générer un contentieux.

306. Après le rapport du mandataire *ad hoc*. Une fois déposé le rapport mentionnant le bilan effectué, les préconisations exposées et les démarches entreprises par le mandataire, il s'agit de faire en sorte de rétablir la situation afin d'éviter que la copropriété ne sombre dans la spirale des complications souvent inéluctables que connaissent nombre d'immeubles.

Pour cela, il est fait appel aux organes classiques de la copropriété dont la tâche va consister à concrétiser les recommandations prônées par l'observateur.

Il appartient ainsi au syndic d'inscrire à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale les projets de résolutions nécessaires afin de mettre en oeuvre le rapport du mandataire *ad hoc*.

Le texte proposé par le gouvernement faisait état de la participation du conseil syndical, lequel devait être entendu par le syndic avant qu'il n'inscrive les questions nécessaires à la mise en oeuvre du rapport.

Le projet proposé par le gouvernement en vue du vote de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 faisait état de la participation du conseil syndical, lequel devait être entendu par le syndic avant qu'il n'inscrive les questions nécessaires à la mise en oeuvre du rapport.

Cette modalité a disparu, ce qui est particulièrement dommage car le passage par cet organe est souvent l'occasion d'une concertation préalable sur des projets de résolution soumis ensuite à l'approbation des copropriétaires.

307. En conclusions. Ce n'est donc pas au moment de l'ouverture de la prévention qu'il faut procéder à une analyse trop rigide, mais plutôt en cours de prévention, dès que le mandataire *ad hoc* aura pu faire un rapport sur l'état de l'entreprise ou de la copropriété, c'est-à-dire concrètement au moment de l'audit.

C'est à cette occasion que les chances de redressement de l'entreprise ou de la copropriété pourraient être évaluées et qu'un tri pourrait être fait.

Pour les entreprises en difficultés, bien que la demande désignation par le débiteur soit une faculté et non une obligation, le juge apprécie le comportement de ce dernier face aux difficultés qu'il peut rencontrer.

SECTION II. LE MANDAT *AD HOC*, UNE FACULTÉ POUR LE DÉBITEUR

308. La faute de gestion et le mandataire *ad hoc*. La désignation du mandataire *ad hoc*, à la demande du débiteur, constitue une faculté. Cependant le juge est attentif au comportement du débiteur face à ses difficultés, compte tenu des moyens mis à sa disposition pour tenter de remédier aux éventuels problèmes ponctuels qu'il pourrait rencontrer.

Est-ce alors une faute de gestion si le débiteur ne demande pas la nomination d'un mandataire *ad hoc* et qu'un redressement judiciaire et une action en responsabilité pour insuffisance d'actif sont prononcés ?

Si la réponse est affirmative, cette faculté devient obligatoire.

309. Une jurisprudence constante. A titre d'exemple, il a été jugé qu'il n'y a pas matière à sanctionner en responsabilité pour insuffisance d'actif, un dirigeant dès lors qu'il a entrepris des efforts pour redresser sa société, s'est porté caution d'une importante dette fiscale mais surtout a obtenu la désignation d'un mandataire *ad hoc*, ce qui a été considéré pour les juges comme « *une réaction plutôt rare et qui devrait être encouragée*³⁴⁰ ».

Un autre arrêt³⁴¹ va dans le même sens en confirmant un jugement qui avait rejeté la demande d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif engagée par le liquidateur contre le dirigeant.

À l'appui de sa demande, le liquidateur mettait en exergue les pertes financières enregistrées sur plusieurs exercices et l'absence de mesures de restructuration concrète. Selon lui, l'absence de mesures économiques et la tardiveté du dépôt de bilan étaient directement à l'origine de l'insuffisance d'actif.

³⁴⁰ CA Orléans, ch. com., éco. et fin., 9 oct. 2008, n° 08/01966 : JurisData n° 2008-377126 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 144, note CH. DELATTRE

³⁴¹ CA Metz, 1^{re} ch. civ., 24 févr. 2009, n° 08/00197, SCP Noel-Nodee-Lanzetta ès qual. c/ S.P. : JurisData n° 2009-003251

Néanmoins, le dirigeant emportait la conviction des juges et échappait à toute condamnation en précisant que si le jugement d'ouverture de la procédure datait du 6 avril 2005, il avait obtenu la désignation d'un mandataire *ad hoc* le 29 juillet 2004 afin de pouvoir renégocier avec l'ensemble de ses partenaires financiers le maintien ou le réaménagement des concours à court terme.

L'accord avait été finalisé et il avait ensuite régularisé une déclaration de cessation des paiements. Il y avait un excès dans la mesure de prévention.

Avec cette dernière espèce, on ne peut pas ne pas penser au cas de figure du dirigeant mal intentionné qui va tenter, coûte que coûte, d'obtenir la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour obtenir une renégociation de ses crédits alors qu'il sait que la situation est obérée et qu'il n'ira pas jusqu'au bout des délais pour ensuite procéder à une déclaration de cessation des paiements.

Le mandat *ad hoc*, dans ce cas, n'a-t-il pas que pour objectif de gagner du temps et constituer ensuite une parade à toute sanction éventuelle ultérieure en démontrant que l'on a pas commis de faute de gestion en demandant une mesure préventive?

A contrario, l'absence de tout recours au dispositif de prévention, mandat *ad hoc* ou conciliation, alors que la situation économique de l'entreprise est catastrophique, peut être également constitutive d'une faute de gestion justifiant de condamner le dirigeant dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif³⁴².

Il faut alors que les éléments constitutifs de la faute de gestion au sens de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif soient réunis, soit la faute, l'insuffisance d'action et le lien causal.

En ce sens et même s'il ne s'agit que d'une décision de première instance, Le Tribunal de commerce de Valenciennes dans un jugement du 29 mai 2012 ³⁴³ offre l'occasion de signaler la responsabilité particulière encourue par les dirigeants

³⁴² F.-X. LUCAS, Le sort du débiteur : LPA 14 juin 2007, n° 119, p. 60 – D. VOINOT, *Procédures collectives* : Monchrestien, Lextenso Éditions 2011, n° 868. – P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté* : Dalloz, 7^e éd., n° 1292. – F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté* : LGDJ Lextenso éditions, 9^e éd. 2012, n° 1507 et 1508.

³⁴³ T. com. Valenciennes, 2^e ch., 9 juill. 2012, n° 2012000586 : Leden 2012/8, n° 130, note F.-X. LUCAS

d'entreprises qui, rencontrant des difficultés, négligent d'utiliser toutes les ressources de l'arsenal juridique mis à leur disposition pour les surmonter.

Ainsi selon les premiers juges : « *Attendu qu'il est constant que M. X. s'est abstenu de demander l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation, que le législateur de 2005 permet à tout débiteur rencontrant une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible de trouver une solution dans ces procédures, qu'en préférant poursuivre une activité largement déficitaire plutôt que de demander l'ouverture d'une procédure de prévention qui aurait permis sinon d'enrayer les difficultés de l'entreprise, de mettre un terme plus précoce à l'activité, M. X. a commis une faute de gestion* ».

Si le dirigeant ne peut s'en sortir seul et que les décisions de gestion prises s'avèrent insuffisantes, il doit recourir aux dispositifs légaux de prévention plutôt que de laisser perdurer une activité déficitaire qui anéantira toute tentative de redressement ou de cession et aggravera en conséquence le préjudice financier de la collectivité.

La Cour d'appel de Douai dans un arrêt du 16 février 2012³⁴⁴ a réaffirmé cette volonté manifeste de sanctionner l'attentisme fautif du dirigeant et ce malgré la crise économique manifeste qui modifie parfois l'appréhension du domaine des sanctions.

Le comportement du chef d'entreprise et sa réaction face à la crise sont des éléments déterminants dans le prononcé d'une sanction : ne pas demander la nomination d'un mandataire *ad hoc*, certes simple faculté, semble être constitutif d'une faute de gestion pouvant entraîner une condamnation pour insuffisance d'actif.

En l'espèce, un dirigeant était poursuivi par le liquidateur en responsabilité pour insuffisance d'actif et en interdiction de gérer.

Il lui était reproché, d'une part, une poursuite d'activité déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale et, d'autre part, l'absence de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de prévention.

³⁴⁴ CA Douai, ch. 2 sect. 2, 16 févr. 2012, n° 11/01384 : JurisData n° 2012-005198

Le dirigeant expliquait que la crise économique avait accéléré le processus de déstabilisation de l'entreprise qui avait commencé par la mésentente entre les associés. Selon lui, cette conjonction d'éléments extérieurs à la gestion de l'entreprise ne pouvait servir de fondement pour le sanctionner.

La Cour d'appel de Douai a confirmé le principe de la responsabilité et donc de la culpabilité du dirigeant tout en réduisant la durée d'interdiction de gérer.

Pour les magistrats douaisiens : « *Les considérations d'ordre général sur la crise économique ne justifient pas la poursuite d'activité reprochée alors qu'il a créé sa société dans un contexte économique qui était déjà en crise. Il sera observé, enfin, que M. X. a attendu que l'activité de la société ait cessé pour procéder à la déclaration de la cessation des paiements, rendant ainsi toute perspective de redressement impossible. Cette poursuite d'activité déficitaire constitue une faute de gestion qui a engendré un passif supplémentaire incontestable à hauteur notamment des salaires impayés et des charges sociales y afférents.* »

En conséquence, cette jurisprudence prend en compte l'aspect économique mais également le comportement du dirigeant, établissant ainsi le lien entre prévention et sanction. La crise économique ne peut devenir un « *alibi* ».

310. Le mandataire *ad hoc* joue ainsi un rôle d'expert puisqu'il est indépendant mais surtout, il constitue un organe judiciaire, y compris en matière de copropriétés en pré-difficultés.

Le débiteur sollicitera parfois des aides directement des organismes publics avec lesquels il tentera, au même titre que le mandataire *ad hoc* aurait pu le faire, de négocier certaines dettes.

311. Négociation des dettes par le débiteur avec des organismes publics. En matière de négociation des dettes, les conditions de traitement des difficultés, effectuée par le mandataire *ad hoc*, le sont également par les commissions des chefs de services financiers (CCSF) qui ont fait l'objet de vives critiques.

Des propositions, qui ne semblent pas avoir été prises en compte par la Chancellerie, ont été faites dans le cadre du projet de réforme en matière d'entreprises en difficultés.

Lorsqu'une entreprise souhaite négocier le règlement de ses dettes avec plusieurs créanciers publics (administration fiscale ou sociale), elle peut le faire devant une instance départementale, la Commission départementale des Chefs des Services Financiers (CCSF). Cette commission se réunit sous la présidence du trésorier-payeur général.

Elle est saisie, soit par l'un de ses membres, soit par l'entreprise elle-même. Après examen des pièces du dossier, la commission peut accorder des délais pour payer les dettes fiscales et sociales échues.

Il paraîtrait, en effet, opportun que les conditions de fonctionnement de ces CCSF soient revues, notamment en permettant un caractère contradictoire des réunions, la suppression de la règle de l'unanimité qui pousse au refus, en instaurant une meilleure unité de traitement dans le cadre de la prévention.

Le Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) a pour mission d'aider les entreprises en difficultés à élaborer et mettre en oeuvre des solutions permettant d'assurer leur pérennité et leur développement.

Le CIRI est compétent pour les entreprises de plus de 400 salariés. Les entreprises de moins de 400 salariés relèvent des Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI), équivalents locaux du CIRI, placés sous l'autorité du préfet.

Même si l'intervention du CIRI est le plus souvent positive et utile, il est envisagé de considérer que l'État est un créancier comme un autre, au lieu de lui accorder un statut spécial avec une commission fonctionnant d'une manière autonome.

Les CCSF continuent à se réunir, souvent, en l'absence du principal intéressé, le débiteur, qui n'a qu'une vision approximative et indirecte de ce que souhaitent ces commissions des chefs de services financiers.

Le délai dans lequel les décisions sont rendues est déconnecté de la négociation avec les autres créanciers.

Il a alors été proposé que les CCSF désignent un représentant unique chargé de dialoguer avec le débiteur dans le cadre et sous l'égide du mandataire *ad hoc* et du conciliateur.

Il est usuel que l'État dispose de prérogatives exorbitantes, mais en cette matière, le dialogue pourrait être facilité par une procédure moins lourde, même si le représentant de la CCSF aurait à rendre compte à ses mandants, comme le font par exemple les banques avec leurs comités.

Cette harmonisation du fonctionnement serait un gage de fluidité des négociations et permettrait un dialogue plus moderne et plus attentif sur la situation de l'entreprise en difficulté, et favoriserait la mission de redressement inculquée au mandataire *ad hoc*.

Une clarification a été demandée en ce qui concerne les mécanismes d'aides d'État, ce régime apparaissant souvent trop opaque, et la question de la récupération des aides d'État indûment versées ayant à maintes reprises posé problème. L'État devrait déclarer à la procédure ; comme tout créancier, les aides indûment versées.

En cette matière, une communication est nécessaire et l'État se doit d'informer d'une manière claire les chefs d'entreprise, ce qui suppose un dialogue plus fluide et la désignation d'un représentant qualifié qui pourrait évoquer ces sujets en temps réel.

Pour les affaires importantes, le CIRI remplit ce rôle mais pour les dossiers moyens, un effort de clarification est souhaitable.

De la même manière, l'impact fiscal des mesures prises serait immédiatement étudié, examiné et validé par des représentants de l'État, ce qui éviterait de douloureuses surprises ultérieures lors du traitement des abandons de créance qui reste complexe et parfois incertain.

Clarifier et unifier le mode de fonctionnement des organismes étatiques a été fortement soulevé car même si depuis un décret de 2007, des abandons de créances sont possibles en principal sur des créances fiscales et sociales (à l'exception notamment de la TVA), les critères devraient en être clarifiés.

Des avancées ont été faites à cet égard en 2009 mais le processus reste obscur pour un dirigeant.

Le délai de saisine de la Commission des Chefs de Services financiers devrait notamment être assoupli.

Le régime de garantie des salaires (AGS) intervient si l'entreprise se trouve en procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) et n'a

pas de fonds disponibles pour payer vos salaires, préavis ou indemnités pour garantir le paiement des sommes qui sont dues en exécution du contrat de travail.

L'apparition de la possibilité de faire intervenir le régime de garantie des salaires (AGS) en prévention a été évoquée, sans être, semble-t-il, retenue.

Un traitement préventif et au cas par cas des difficultés par l'AGS pourrait permettre d'éviter un traitement plus coûteux après l'ouverture d'une procédure collective, mais des garanties devraient être prises pour éviter l'instrumentalisation de ce type de procédure.

Le mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce joue un rôle prépondérant préparatoire avant la phase de conciliation.

Il présente également des atouts certains notamment en termes de souplesse et de faibles coûts.

TITRE II.

LE MANDATAIRE *AD HOC* : UN ORGANE EFFICACE

312. Rapport sur la prévention des difficultés des entreprises par le mandat *ad hoc*. Le recours au mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code commerce présente des avantages qui en ont fait son succès.

Un rapport sur « *la prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011* » a été rédigé par Madame Maud GUILLONNEAU, Chef du Pôle d'évaluation de la justice civile de la direction des affaires civiles et du sceau, Monsieur Jean-Philippe HAEHL, Professeur émérite à la faculté de droit de l'Université Lyon III et Brigitte MUNOZ-PEREZ, CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne.

Les données statistiques publiées dans cette étude ont été produites à partir d'une exploitation du répertoire général civil des tribunaux de commerce, des chambres commerciales des tribunaux de grande instance et des tribunaux mixtes.

Ne sont donc pas pris en compte les mandats *ad hoc* et les conciliations prononcés par les tribunaux de grande instance dont peuvent bénéficier les personnes morales de droit privé, les personnes physiques non commerçantes et celles exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris les professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que les règlements amiables agricoles.

Aux termes de ce rapport, les demandes et les ouvertures de mandat *ad hoc* et de conciliation ont fortement augmenté en 2009 et restent à un niveau élevé en 2010 et 2011.

Les demandes de nomination d'un mandataire *ad hoc* et les requêtes en conciliation sont acceptées dans plus de 80 % des cas et avec une grande célérité (moins de 6 jours en moyenne).

Les mandats *ad hoc* et les conciliations sont beaucoup plus nombreux que les sauvegardes et sont désormais prononcés par plus de 90 % des juridictions, mais avec une forte concentration dans quelques unes d'entre elles.

A eux seuls quatorze tribunaux de commerce concentrent 50 % de ces deux procédures et cinq d'entre eux 31 % (Paris, Lyon, Marseille, Toulouse et Nanterre).

Le nombre de mandats *ad hoc* suivis d'une conciliation ou d'une sauvegarde et de conciliations suivies d'une sauvegarde ne peut être établi. Enfin, les issues du mandat *ad hoc* ne peuvent être connues.

De 2006 à 2011, les demandes de nomination de mandataire *ad hoc* et les ouvertures de conciliation ont fortement progressé, en particulier en 2009, sans doute en raison de la crise économique, puis se sont maintenues à un niveau élevé.

En six ans, on dénombre près de 5 900 désignations de mandataire *ad hoc* et autour de 3 350 ouvertures de conciliation.

Les désignations de mandataire *ad hoc* sont en moyenne plus fréquentes que les ouvertures de conciliation (respectivement 64% et 36%), mais ces proportions varient beaucoup d'un tribunal à l'autre.

On ignore le nombre des entreprises qui ont bénéficié de mandats *ad hoc* préparatoires qui ont ensuite donné lieu à l'ouverture d'une conciliation (pour faire constater ou homologuer l'accord conclu avec les créanciers) voire d'une sauvegarde, comme celui des conciliations suivies d'une sauvegarde, voire d'une SFA (sauvegarde financière accélérée).

Les atouts du mandat *ad hoc*. Le mandat *ad hoc* présente l'intérêt du soutien d'un véritable spécialiste : le mandataire est légitimé par le Président du Tribunal de commerce dans le cadre d'une mission spécifiquement définie et possède une réelle expérience. Le dirigeant reste à la tête de son entreprise. Le mandataire *ad hoc* a uniquement un rôle de conseil et de proposition. Il ne peut en aucun cas obliger le chef d'entreprise ou le créancier à passer un accord.

Cette procédure est entièrement confidentielle et souple. Il est possible de mettre fin à la mission du mandataire *ad hoc* à tout moment.

Seul le mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce sera abordé dans le présent titre en raison de l'intérêt qu'il présente quant à sa souplesse et sa confidentialité. La procédure de prévention en matière de copropriété est publique et les mesures d'information font l'objet d'une réglementation précise. Il présente bien évidemment un intérêt certain dans cette approche préventive des difficultés des copropriétés similaire aux entreprises en difficultés. Cependant la souplesse ainsi que la confidentialité de la mesure ne sont pas relevées en la matière.

Le mandataire *ad hoc* du Livre Vi du Code de commerce n'est pas un mandataire du juge. C'est un organe judiciaire (**Chapitre 1**) dont les atouts ne sont plus à prouver (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I.

LE MANDATAIRE *AD HOC* : UN ORGANE JUDICIAIRE

313. Le juge est le seul à pouvoir nommer un mandataire *ad hoc* qui substituera son jugement et sa volonté à celle des parties en cause.

Cependant cet auxiliaire de justice devra garantir la pleine indépendance dans le cadre de sa mission mais également au regard du juge qui l'a désigné (**Section I**).

Par ailleurs le mandat *ad hoc* peut aboutir à plusieurs possibilités (**Section II**). Il pourra être utilisé comme phase préparatoire à une procédure de conciliation ou un plan de sauvegarde, ou aboutir à un accord permettant effectivement de pouvoir rééquilibrer l'activité d'une entreprise.

SECTION I. UN ORGANE JUDICIAIRE INDEPENDANT

314. Le principe d'indépendance. Le mandataire *ad hoc* est désigné par le juge, il est donc un organe judiciaire.

Par ordonnance, le juge détermine sa mission, mais il conserve néanmoins une certaine indépendance. Son statut est proche de celui de l'expert qui, une fois nommé, agit en toute autonomie.

315. Parallèle entre le mandataire *ad hoc* et l'expert. Dans un arrêt du 25 novembre 2003³⁴⁵, la Cour de cassation rappelait que l'estimation fixée par l'expert échappe au juge qui ne peut ni la modifier *a posteriori*, ni la conditionner *a priori*.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 16 décembre 2009³⁴⁶, rappelle ce principe d'indépendance dans une espèce qui mérite d'être rapportée.

Des époux avaient acquis, avec l'aide du père de l'épouse un immeuble par le biais d'une SCI dont Monsieur possédait en propre 100 parts sur 200 alors que Madame, en détenait 90 et le père de cette dernière 10. L'objet de la société était l'acquisition d'immeubles « *en vue de leur administration, soit bail ou autrement, soit par leur attribution en jouissance gratuite aux associés* ».

Madame ayant déposé une requête en divorce, Monsieur convoque une assemblée générale pour y proposer de louer à bail l'immeuble social. Les trois associés y assistent et Madame et son père s'y opposent, de telle sorte que la résolution présentée n'est pas adoptée.

Considérant ce refus et le blocage qu'il entraîne, Monsieur assigne ses coassociés devant le tribunal à l'effet de faire juger qu'ils ont commis un abus d'égalité et de faire nommer un mandataire *ad hoc* chargé de voter en leur lieu et

³⁴⁵ Civ. 1re, 25 nov. 2003, D. 2003. AJ 3053, obs. A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2004. 93, note CHARTIER.

³⁴⁶ Civ. 3e, 16 déc. 2009, pourvoi n° 09-10.209, arrêt n° 1502 FS-P+B, 2010. AJ 147, obs. A. LIENHARD

place et de se prononcer en faveur d'une location de l'immeuble social avec paiement d'un loyer.

La Cour de cassation rend une décision comportant une cassation partielle et transfère ce long contentieux devant la Cour d'appel de Lyon.

En premier lieu, il était fait grief à la Cour d'appel de Dijon d'avoir méconnu une stipulation particulière des statuts prévoyant une « *seconde lecture* » en assemblée générale dans le cas où, comme en l'espèce, les associés ne pouvaient se départager lors d'une première assemblée générale.

En second lieu, les demandeurs attaquaient la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour voter en leur lieu et place en soulignant que selon la jurisprudence le juge ne peut recourir à un tel procédé de règlement de conflits sociétaires internes que si « *les intérêts essentiels* » de l'entreprise sociale sont mis en danger, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

En troisième lieu, il était reproché aux juges du fond d'avoir non seulement nommé un mandataire *ad hoc* mais de lui avoir assigné pour mission de voter en faveur du versement d'un loyer par l'occupante des lieux (Madame) et d'affecter les sommes ainsi recueillies au remboursement des comptes d'associés.

La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette également le second moyen tiré de l'intérêt social.

Les demandeurs au pourvoi faisaient grief à l'arrêt d'avoir considéré le passage d'une jouissance gratuite de l'immeuble à une location comportant un loyer affecté au remboursement des « *comptes courants* », comme « *une opération essentielle pour la société* », ce que la Cour approuve.

Selon la Cour de cassation : « *Deux des associés ayant refusé de voter en faveur du versement d'un loyer en contrepartie de l'occupation par un seul des associés, ce refus constitue une atteinte à l'objet social et à l'intérêt général de la société* » de telle sorte que les juges du fond ont pu estimer, à juste titre que les associés abstentionnistes avaient entravé la réalisation « *d'une opération essentielle à la société* ».

Le troisième moyen du pourvoi reprochait aux juges du fond qui avaient désigné le mandataire *ad hoc* chargé de voter au lieu et place des consorts dans une assemblée générale, de se prononcer en cette qualité en faveur de la solution préconisée par l'ex-mari, Monsieur, à savoir l'occupation de l'immeuble social contre versement d'un loyer.

À l'appui de leur contestation les demandeurs au pourvoi faisaient remarquer que, spécialement en cas de blocage égalitaire, la fonction du mandataire judiciaire n'est pas seulement de prendre ou de faire prendre des décisions conformes à l'intérêt social mais qu'il doit aussi préserver les intérêts légitimes des minoritaires.

La haute juridiction décide que : « *le juge ne peut pas fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne* ».

Pour justifier ce motif lapidaire, la troisième chambre civile se contente de viser l'article 1853 du code civil.

À première vue la lecture de ce texte qui précise que « *les décisions (des sociétés civiles) sont prises par les associés réunis en assemblée* » ne révèle pas de façon univoque et claire la solution que la Cour de cassation a cru devoir en tirer.

S'agissant de l'exercice d'une mission de mandataire dont la fonction est de prendre part aux décisions sociales en représentation de ses mandants même si ceux-ci ne l'ont pas choisi, on aurait pu imaginer que la Cour de cassation fonde sa décision sur les articles 1984 et suivants du Code civil.

Or, dans le cas du mandataire *ad hoc* substitué par voie de justice aux légitimes détenteurs d'une prérogative, la notion de mandat s'écarte passablement de celle qu'incarne la définition du Code civil dans son article 1984.

En fait, ce n'est pas par délégation de ses mandants que le mandataire va agir mais par l'effet d'une décision de justice qui dessaisit le « *pseudo-mandant* » de sa prérogative afin que les effets d'une décision que ce dernier aurait dû prendre soient conformes non pas à sa volonté mais à une règle de droit que le juge veut rendre effective.

Néanmoins, le mandataire *ad hoc* n'est par pour autant un mandataire du juge. C'est un organe judiciaire.

À cet égard, ce personnage rappelle celui de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil désigné par le juge et qui reçoit de ce fait une mission juridictionnelle comportant une pleine *jurisdictio* et un quasi-impérium.

Bien que ces deux institutions, le mandat *ad hoc* et l'expertise de l'article 1844-3 du Code civil, soient de nature très différente, elles se rejoignent sur un point : *« seul le juge peut « mandater » un tiers qui substituera son jugement et sa volonté à celle des parties en cause mais une fois ce tiers désigné, auxiliaire de justice, il est de l'essence de ses fonctions, dans les deux cas, de garantir la pleine indépendance de l'exercice de sa mission même au regard du juge qui l'a désigné ».*

SECTION II. LE MANDAT *AD HOC*, PRÉALABLE À UN ACCORD OU UNE AUTRE PROCÉDURE

316. Le mandataire *ad hoc* n'est pas un organe de plus qui s'ajoute à ceux mis en place par la loi. Son rôle est défini par la décision qui l'a nommé.

Le dirigeant continue à assumer tous les devoirs de sa fonction avec les responsabilités y afférentes. Ainsi, c'est à lui qu'incombe l'obligation de procéder à la déclaration de cessation des paiements s'il y a lieu.

Le mandat *ad hoc* peut aboutir à un accord ou être l'objet d'une phase préliminaire (§1) mais également déboucher sur la fin de la phase préventive (§2).

§1. UN ACCORD OU UNE PHASE PRÉLIMINAIRE

317. Recherche d'un accord. Un accord, sous la médiation du mandataire *ad hoc*, consacré par un protocole d'accord, peut être signé par le dirigeant et les créanciers de l'entreprise qui fixe les obligations des parties et les mesures adoptées.

Si les mesures de redressement sont importantes, le dirigeant devra assurément consulter et informer le comité d'entreprise, sous peine de constitution de délit d'entrave. L'information du comité des salariés, impératif dicté par les exigences du droit social, met à mal le respect de la confidentialité exigée pourtant par l'article L. 611-15 du Code de commerce.

Les dispositions du droit du travail précisent en effet que : « *le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel. Le comité d'entreprise est obligatoirement saisi en temps utile des projets de*

compression des effectifs ; il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application. Le comité est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise (...)» (C. trav. art. L. 432-1).

La société devra donc déterminer le moment et le contenu de l'information sur la procédure de prévention et le contenu des accords en phase de finalisation.

En revanche, il n'a pas à le faire lors de la demande de nomination du mandataire *ad hoc*³⁴⁷.

Lorsque la mission du mandataire consiste donc à rechercher un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, elle peut aboutir à l'obtention de délais de paiement et/ou de remises de dettes.

318. Contenu de l'accord. L'accord qui intervient ainsi peut avoir un contenu plus large et prévoir diverses mesures de restructuration industrielle, financière et sociale : cession de branches d'activités, fermetures de sites, redéploiement du personnel, augmentation du capital ou entrée dans le capital de nouveaux investisseurs, consolidation de la dette bancaire...

En fonction du contenu des négociations (simples délais ou restructuration complète de l'entreprise), le document qui formalise l'accord amiable sera très variable : ou bien il sera rédigé sous une forme succincte, ou bien sous une forme volumineuse pouvant atteindre une centaine de pages. Là encore, la souplesse prévaut.

L'accord amiable ne fait pas l'objet d'une homologation par le tribunal et n'est soumis à aucun formalisme. La conclusion d'un véritable contrat, appelé « *protocole d'accord* », signé de toutes les parties, aboutira ainsi.

Le contenu de la convention conclue dans le cadre du mandat *ad hoc* est exclusivement régi par le droit commun des obligations. Seul un accord entre les parties, par exemple, pourra conduire à une suspension des poursuites³⁴⁸.

³⁴⁷ M. GANDIN, Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés – loi du 26 juillet 2006 de sauvegarde des entreprises, JCP E 2006, 2557, p. 1838

³⁴⁸ G. TEBOUL, « Petit bréviaire de la loi de sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique sur la prévention », LPA 19 oct. 2005, n° 208, p. 3 s., sp. p. 4.

319. Le mandat *ad hoc* : une phase préliminaire. Souvent, les parties souhaitent formaliser davantage leur accord, elles recourent alors à la procédure de conciliation de manière à le faire constater par le président tribunal tout en préservant la confidentialité car celui-ci contraint à l'homologation n'est pas publié.

Elles peuvent enfin le « *transformer* » en plan de sauvegarde en le présentant au tribunal après avoir demandé l'ouverture de cette procédure, notamment en vue de contraindre certains créanciers récalcitrants, car dans cette procédure, on impose aux créanciers.

La nomination d'un mandataire *ad hoc* peut donc constituer une « *phase exploratoire* » ou « *préparatoire* » à l'ouverture d'une procédure de conciliation, ou d'une procédure de sauvegarde, et elle permet de préparer l'intervention ultérieure d'un conciliateur ou d'un mandataire et de vérifier que la seconde procédure est envisageable.

Dans cette hypothèse la même personne peut exercer successivement les deux fonctions de mandataire *ad hoc* et de conciliateur³⁴⁹, sauf opposition du Ministère public³⁵⁰.

Le dirigeant d'une entreprise en difficulté a ainsi un libre choix entre ces deux techniques³⁵¹ de renflouement : le mandat *ad hoc* ou la conciliation³⁵² pour préparer une procédure de sauvegarde.

Les deux peuvent se suivre, dans cet ordre ; mais la première conserve l'avantage d'être plus confidentielle et plus souple que la seconde procédure et de conduire pour l'essentiel à des résultats assez voisins (à l'exception notamment du pouvoir reconnu au tribunal d'homologuer l'accord dans la procédure de conciliation, ce qui est important et des pouvoirs conférés par l'article 1244-1 du Code civil³⁵³ pendant la négociation de l'accord de conciliation)³⁵⁴.

³⁴⁹ T. com. Nanterre, ord. réf., 10 janv. 1995, Quot. jur. 23 mars, p. 7, Les Annonces de la Seine, 27 févr. 1995, p. 12 et CA Orléans, 23 janv. 2003, n° 01-3046, RJDA 2003, n° 1198, p. 1039 ; CA Orléans, 22 févr. 2007, RJDA 2007, n° 636, p. 616

³⁵⁰ V. infra p. 277.

³⁵¹ P. PÉTEL, Le nouveau droit des entreprises en difficultés : acte II

³⁵² H. CROZE, Loi de sauvegarde des entreprises (II) – Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation, Revue Procédures, Jurisclasseur, nov. 2005, p. 6

³⁵³ Article 1244-1 du Code civil, créé par Loi n°91-650 du 9 juillet 1991, dispose que : « *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal*

... / ...

320. Le «pre-packaged plan ». Les délais assez stricts que la loi pose en matière de conciliation et de sauvegarde ont conduit les praticiens à utiliser le mandat *ad hoc* comme un utile instrument en tant que phase préparatoire à l'une de ces deux procédures.

Dans cette perspective, le mandat *ad hoc* a pour objet d'analyser, sans contrainte de délai, la situation de l'entreprise et de commencer à préparer, le plus en amont possible, le contenu du plan qui sera finalement homologué dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

Cette possibilité permet ainsi de mettre en oeuvre, en droit français, la pratique du «pre-packaged plan » américain, dont les composantes sont négociées avec les principaux créanciers avant même le prononcé du jugement d'ouverture de la sauvegarde. Le débiteur peut tenter, durant cette phase de négociation amiable, d'obtenir un accord avec ses principaux créanciers, avant de rendre ce dernier opposable aux créanciers récalcitrants dans le cadre d'un plan de sauvegarde.

321. Plusieurs affaires emblématiques illustrent cette démarche de « pré-pack ». Tel est le cas de la sauvegarde de Thomson SA ouverte le 30 novembre 2009 par le tribunal de commerce de Nanterre³⁵⁵, et qui a abouti à un plan arrêté par jugement du 17 février 2010³⁵⁶, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 18 novembre 2010³⁵⁷, ou encore, dans un autre contexte, de la sauvegarde d'Autodis³⁵⁸.

ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments ».

³⁵⁴ PH. ROUSSEL-GALLE, Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le Décret du 28 décembre 2005, Petites Affiches, 12 juillet 2006, p. 10 ; Inforeg, Le mandat *ad hoc*, JCP Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, sept.-oct. 2006, p. 55 ;

³⁵⁵ T. com. Nanterre, 30 nov. 2009, D. 2009. AJ 2929, obs. LIENHARD

³⁵⁶ T. com. Nanterre, 17 févr. 2010, D. 2010. AJ 500, obs, LIENHARD et 839 note P.-M. LE CORRE ; N. Borga, BJS, juin 2010, p. 604, n° 125 ; adde, CA Versailles, 13ème ch. 18 nov. 2010, n°10/01433 ; BJE mars 2011, p. 14, n°2, note P. ROUSSEL GALLE.

³⁵⁷ Versailles, 18 nov. 2010, D. 2010. Actu. 2767, obs. LIENHARD

³⁵⁸ T. com. Évry, 6 avr. 2009 ; BESSE ET MORELLI, Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde, JCP E 2009. 1628 ; sur cette affaire et ses enseignements, v. également COURTIER ET LAURENT, Analyse de l'opération Autodistribution : premier « pre-pack » à la française, Cah. dr. entr. sept.-oct. 2009. 26 ; LUCAS, Le plan de

... / ...

Dans ces espèces, un accord avec les principaux créanciers sur la restructuration de la dette recueillant l'accord des principaux créanciers a été trouvé dans le cadre de la procédure de conciliation. Un tel accord aurait pu être trouvé dans le cadre d'un mandat *ad hoc*.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde a alors permis le prononcé d'un plan de sauvegarde dans des délais jamais vus jusqu'à présent³⁵⁹. Cela n'est possible que si l'administrateur judiciaire nommé pour la procédure de sauvegarde est le conciliateur et si l'on est certain que l'accord trouvé préalablement entraînera un vote positif des comités de créanciers dans la procédure de sauvegarde. En effet, à l'instar de la technique américaine du «*cram down*», la sauvegarde aboutit alors à contraindre les créanciers récalcitrants, notamment les créanciers minoritaires et ceux qui n'ont pas adhéré à la conciliation, à se soumettre aux décisions adoptées par la majorité d'entre eux dans le cadre des comités.

Le plan de sauvegarde a donc été préparé au sein de la négociation préventive.

Comme il a été très justement écrit, «*en limitant la durée de la procédure collective, on évite la destruction de valeur qu'emporte nécessairement un tel évènement* »³⁶⁰.

Bien plus encore, dans ce cas de figure, le passage à la procédure de sauvegarde permet au chef d'entreprise et au mandataire de justice qui l'assiste de faire pleinement usage de la loi de la majorité qui gouverne le fonctionnement des comités de créanciers.

Le succès du «*pré-pack* » a amené le ministère de l'Économie et de la justice à lancer une consultation nationale en vue de légaliser ce procédé³⁶¹.

sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française, *ibid.* 35 ; TEBOUL, Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté, LPA 3-4 sept. 2009, p. 4, spéc. p. 6.

³⁵⁹ 7 semaines pour Autodis et 11 semaines pour Thomson SA, dont six consacrées à la réunion de l'assemblée générale des actionnaires.

³⁶⁰ F.X. LUCAS, "Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française" : *cah. dr. entr.* sept.-oct. 2009, p.35.

³⁶¹ La consultation du 27 juillet 2010 a en réalité été initiée par la direction des affaires civiles et du sceau et par le comité interministériel de restructuration (V. D. 2010, p. 1864, obs. A. LIENHART).

322. La procédure de sauvegarde financière accélérée. Fort de ces exemples prétoriens, la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, modifiée par une loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, a institué une procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA) ouverte par le tribunal de commerce sur demande du dirigeant, lorsque, à la fin de la procédure de conciliation (préalable et obligatoire), celui-ci peut démontrer qu'une large majorité de ses créanciers financiers soutient sa solution mais qu'il n'a pas pu obtenir l'unanimité³⁶².

La sauvegarde financière accélérée est, comme son appellation l'indique, une procédure rapide puisque sa durée est limitée à deux mois et elle n'affecte que les droits des créanciers financiers. Le tribunal de commerce de Nanterre le 27 mars 2013 a adopté par jugement la première sauvegarde financière accélérée.

Sorte « *d'hybride de la conciliation et de la sauvegarde*³⁶³ », ne s'appliquant qu'aux grandes entreprises³⁶⁴, cette procédure est le véritable complément d'une procédure de conciliation qui l'aura précédée et elle aboutit en quelques sortes à « *l'homologation* » de l'accord trouvé lors de la conciliation pour le rendre opposable à tous les créanciers financiers³⁶⁵.

L'avantage essentiel d'un point de vue économique est que le jugement d'ouverture n'affecte pas l'activité économique de l'entreprise puisque les créanciers non financiers ne sont pas affectés par cette procédure, laquelle devient seulement quasi-collective³⁶⁶.

³⁶² T. com. Nanterre, 27 févr. 2013, nos 2013 G0003 et L. 00611.

³⁶³ F.-X. LUCAS, Leden, oct. 2010, p.1.

³⁶⁴ L 626-29 du Code de commerce, requiert la constitution d'un comité de créanciers ; laquelle n'est possible que si l'entreprise, réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros, et emploie plus de 150 salariés. (Ce seuil étant fixé par l'article 162 du décret n° 2007-431 en date du 25 mars 2007). Le décret 2012-1071 du 20 septembre 2012 est venu fixer ce seuil dans un nouvel article D. 628-2-1. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 qui a modifié l'article L. 628-1 du Code de commerce renvoyait à un décret le soin de fixer un seuil déterminant le total de bilan à partir duquel la SFA est applicable.

³⁶⁵ H. BOURBOULOUX ET G. COUTURIER, "La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise", Bull. Joly Sociétés, mars avril. 2011, p. 48, n°23. Ces auteurs parlent de procédure visant à implémenter un accord de conciliation.

³⁶⁶ Dans le cadre d'une prochaine réforme, il a été proposé que les critères prévus à l'article L 626-29 du Code de commerce pourraient être revus à la baisse avec la possibilité de donner un effet à un accord de conciliation, dès qu'il serait adopté par les deux tiers des créanciers parties à l'accord. Le vote de cet accord pourrait permettre de rester dans le cadre d'une procédure contractuelle, sans passer par une procédure judiciaire. En outre, il serait prévu que le jugement d'homologation serait simplement déposé au greffe, comme l'accord de conciliation.

Si la sauvegarde financière accélérée nécessite l'ouverture préalable d'une procédure de conciliation, cette dernière est souvent proposée en amont par la demande de nomination d'un mandataire *ad hoc*.

Le mandat *ad hoc*, procédure souple et confidentielle, permet d'aboutir à un accord ou d'être la phase préliminaire à une autre procédure dont l'objectif reste la recherche de la pérennité de l'entreprise.

§2. LA FIN DE LA PHASE PRÉVENTIVE

323. En cas d'échec dans les négociations avec les créanciers ou en présence d'une situation est trop compromise, il peut s'avérer nécessaire de demander l'ouverture d'une procédure collective, redressement judiciaire ou liquidation, si l'entreprise est en cessation des paiements, ou d'une procédure de sauvegarde si elle ne se trouve pas encore dans cette situation.

324. Le mandataire *ad hoc* devient l'administrateur judiciaire. Ainsi, un mandataire *ad hoc* intervenu avant l'ouverture d'une procédure collective peut ensuite être désigné en qualité d'administrateur judiciaire lors de l'ouverture de cette procédure.

Par un arrêt du 31 janvier 2012³⁶⁷, la chambre commerciale décide que l'article L. 621-4, alinéa 5, du Code de commerce, permet au tribunal de désigner un conciliateur ou un mandataire *ad hoc* en qualité d'administrateur judiciaire malgré l'opposition du ministère public à cette désignation ; en conséquence, commet un excès de pouvoir³⁶⁸ le tribunal qui s'interdit de passer outre à cette opposition.

³⁶⁷ Cass. com., 31 janvier 2012 ; N° de pourvoi: 10-24019 ; D. 2012. 431, obs. A. LIENHARD, et 857 note T. Montéran.

³⁶⁸ Sur la notion d'excès de pouvoir négatif en doctrine, V. P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n° 321.22, p. 478 : « [II] y a excès de pouvoir lorsque le juge méconnaît l'étendue de son pouvoir de juger. Ainsi, malgré l'expression d'"excès de pouvoir", le juge excède ses pouvoirs non seulement lorsqu'il les

... / ...

Cet arrêt concerne l'étendue des pouvoirs confiés au ministère public³⁶⁹ en matière de désignation par le tribunal d'un administrateur judiciaire aux côtés du débiteur en redressement judiciaire.

En l'espèce, une personne physique a été désignée conciliateur d'une société, mise en redressement judiciaire par jugement du 27 avril 2010, avant d'être nommée administrateur judiciaire de celle-ci.

Lors de l'audience devant statuer sur l'ouverture du redressement judiciaire de la société, le procureur de la République s'est opposé à la désignation de cet administrateur, sollicitant la désignation d'une autre personne qui n'avait pas participé à la procédure de conciliation.

Mécontent du jugement du 27 avril 2010, le procureur de la République en a interjeté appel du seul chef de la désignation de l'administrateur choisi par le tribunal pour violation de l'article L. 621-4, alinéa 5, du Code de commerce, selon laquelle : « *Le débiteur peut proposer un administrateur à la désignation du tribunal. Il en est de même pour le ministère public, qui peut également soumettre le nom d'un mandataire judiciaire. Le rejet de la proposition du ministère public doit être spécialement motivé. Lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent, le ministère public peut en outre s'opposer à ce que le mandataire ad hoc ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur ou de mandataire judiciaire* ».

Par un arrêt infirmatif du 29 juin 2010³⁷⁰, la Cour d'appel de Paris avait déjà pris parti sur la possibilité de nommer en qualité d'administrateur judiciaire le professionnel qui, avant l'ouverture de la procédure collective, avait

outrepasse, mais encore lorsqu'il refuse de les utiliser, c'est-à-dire lorsqu'il reste en deçà de ses pouvoirs » ; sur la notion d'excès de pouvoir négatif en jurisprudence, V. Civ. 1re, 1er févr. 2005, n° 01-13.742, Bull. civ. I, n° 53 ; D. 2005. 2727, note S. HOTTE, et 3050, obs. T. CLAY ; Rev. crit. DIP 2006. 140, note T. CLAY ; RTD com. 2005. 266, obs. E. LOQUIN ; Civ. 2e, 17 juin 1987, n° 85-18.840, Bull. civ. II, n° 310 ; Civ. 3e, 13 janv. 2010, n° 08-12.221, Bull. civ. III, n° 12 : le juge qui méconnaît l'étendue de ses pouvoirs commet ainsi un excès de pouvoir négatif.

³⁶⁹ Sur le rôle du ministère public en matière de désignation des administrateurs et mandataires judiciaires, V. C. DELATTRE, L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires, Rev. proc. coll. 2009. Etudes 11 ; N. GHALIMI, Désignation des organes de la procédure : portée de la faculté d'opposition du ministère public, Rev. proc. coll. 2011. Etudes 13.

³⁷⁰ n° 10/09883 ; V. égal. Act. proc. coll. 2010/13, n° 185, et 2010/6, § 31, p. 3, note C. DELAT

précédemment occupé les fonctions de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur³⁷¹. La Cour a reconnu qu'aucune objection de principe ne s'opposait à une telle désignation mais a néanmoins refusé d'y procéder. Elle a jugé que l'opposition exprimée par le Ministère public à la désignation en qualité d'administrateur dudit professionnel, qu'elle avait tenue pour un obstacle dirimant, « *s'impose au tribunal sans avoir à examiner le bien-fondé des motifs avancés par les parties* », de sorte que celle-ci interdit au tribunal de désigner cette personne, celui-ci ne disposant pas de la faculté de passer outre par une décision spécialement motivée.

Cette analyse n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation qui, au visa de l'article L. 621-4, al. 5 du Code de commerce et des principes régissant l'excès de pouvoir, a cassé l'arrêt. Il apparaît ainsi que le droit d'opposition du procureur de la République n'est pas un droit de récusation de l'administrateur judiciaire.

En d'autres termes, si suite à un mandat *ad hoc*, une procédure collective est ouverte dans les dix-huit mois, le tribunal peut nommer ce mandataire *ad hoc* comme organe de cette procédure. Et si l'article L. 621-4, alinéa 5 du Code de commerce permet justement au Ministère public de s'opposer à cette nomination, le tribunal demeure libre de rejeter cette opposition.

S'agissant de la portée du droit reconnu au Ministère public de s'opposer à la désignation d'un administrateur par le tribunal en application de l'article L. 621-4, alinéa 5, du Code de commerce, il convient d'abord de se référer à la lettre des textes législatifs.

Si l'on voit dans le Ministère public le garant de l'intérêt général, on peut se demander quel motif peut bien justifier que l'on passe outre à son opposition à la désignation en qualité d'administrateur ou de mandataire judiciaire de celui qui a, au cours des 18 mois qui précèdent, occupé les fonctions de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur pour le même débiteur.

L'administrateur qui a échoué dans la procédure de mandat *ad hoc* ou dans la procédure de conciliation peut être présumé incompetent. D'un autre côté il connaît très bien le dossier et peut permettre de gagner du temps.

L'article L. 621-4, alinéa 5, du Code de commerce, comme l'alinéa 3 du même article, mentionnent simplement un droit de « *s'opposer* » du Ministère public à la

³⁷¹ CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 29 juin 2010 : Leden sept. 2010, p. 5

désignation par le tribunal de l'administrateur. Il ne lui confère pas un droit discrétionnaire de s'opposer, à la manière d'un veto ou d'une récusation, à la désignation d'un professionnel qu'il juge ne pas être le mieux placé pour remplir sereinement un mandat de justice dans le dossier litigieux.

Cette solution préserve la souveraineté et la liberté de choix du tribunal, dont la fonction est d'assurer la pesée des intérêts en présence et de trancher les difficultés qui lui sont soumises et notamment celle de savoir si celui qui a été chargé de trouver une issue amiable aux difficultés financières de l'entreprise, doit poursuivre sa mission dans le cadre de la procédure collective.

Il faut ensuite se référer à la volonté du législateur en raison de la similitude de rédaction qui existe entre les articles L. 621-4, alinéa 3 dans sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 2005, et l'article L. 621-4, alinéa 5, dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2008. Le rapport du 11 juillet 2005 émanant de la commission mixte paritaire de l'Assemblée nationale et du Sénat prévoyait sur ce point que : « *Sur la proposition de M. Jean-Jacques Hyst, rapporteur pour le Sénat, la Commission a décidé que le procureur ne pourrait pas récuser le mandataire ad hoc ou le conciliateur, mais seulement s'opposer à sa désignation*³⁷² ».

D'ailleurs, les juges du fond qui ont eu à connaître de l'interprétation de l'article L. 621-4, alinéa 3, du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, et notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 5 avril 2007, ont clairement énoncé que si le Ministère public a la faculté de donner son avis d'opposition à la désignation d'un conciliateur ou d'un mandataire *ad hoc* aux fonctions d'administrateur judiciaire, cet avis ne saurait lier le juge, seule autorité judiciaire compétente pour procéder à cette nomination³⁷³.

³⁷² Rapp. de MM. DE ROUX ET HYEST, V. art. 18 : Organes de la procédure de sauvegarde

³⁷³ V. Versailles, 5 avr. 2007, n° 06/08417 : « *Il n'est pas contesté que le tribunal peut passer outre à l'opposition du ministère public. La présence obligatoire du ministère public à l'audience lui permet de prendre des réquisitions pour s'opposer à la désignation comme administrateur judiciaire du mandataire ad hoc, ou du conciliateur, mais ces réquisitions ne sont destinées qu'à éclairer le tribunal qui reste libre de ne pas les suivre, et de désigner le mandataire ad hoc ou le conciliateur. Le tribunal de commerce de Nanterre n'a donc commis aucune violation de la loi en confiant, malgré l'opposition du ministère public, la mission d'administrateur judiciaire à Maître [...] qui avait préalablement été désignée comme mandataire ad hoc de la société [...]* » ; en doctrine, V. N. GHALIMI, Désignation des organes de la procédure : portée de la faculté d'opposition du ministère public, n° 8, spéc. p. 25 : « *Dans l'attente de la position que prendra à l'avenir la Cour de cassation, seule l'analyse précise du texte et de son élaboration permet de trancher et de conclure, pour notre part, que le ministère public n'est pas investi d'un droit de récusation* » ; P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2008/2009, n° 371.11, p. 544, § 6 : « *La loi*

... / ...

Cette position confirmée par l'arrêt du 31 janvier 2012, qui s'explique aisément par la similitude de rédaction entre les deux versions de l'article précité au regard de l'intention du législateur de 2005, vient ainsi consacrer une jurisprudence déjà dégagée par certaines juridictions du fond.

325. Fin de la mission. La mission prend fin par l'exécution de la mission confiée ou par l'expiration de la durée fixée dans l'ordonnance par le magistrat, sauf prorogation en fonction de l'évolution de l'affaire.

A tout moment, le président du tribunal peut décider d'y mettre un terme lorsqu'aucune durée n'a été fixée ou lorsqu'il juge bon de mettre fin à la mission avant la date qu'il avait précédemment définie.

Quand elle est inspirée par des menaces pesant sur l'entreprise, la mission d'un mandataire *ad hoc* se situe dans le cadre d'une mesure qui intéresse l'ordre public économique, le rôle du président du tribunal ne s'arrête pas à la désignation d'un mandataire de justice.

Il suit l'exécution de la mission, afin éventuellement d'y mettre un terme ou de la modifier. Pour cela, il doit être tenu informé.

Aussi, il est préférable que, dans la mission, soit portée une formule plus contraignante, telle que celle que l'on trouve dans certaines ordonnances : « *disons que le mandataire ad hoc devra nous rendre compte dans le mois de sa désignation de l'état de l'entreprise, des perspectives d'évolution de sa situation, des raisons et possibilités de recours à une procédure ; il nous informera de l'existence d'un état de cessation des paiements ou de toute circonstance pouvant avoir une influence sur le sort de l'entreprise, et à la fin de sa mission, il nous rendra compte* ».

du 26 juillet 2005 va plus loin en prévoyant la possibilité pour le ministère public de s'opposer à la nomination de l'administrateur judiciaire antérieurement désigné mandataire ad hoc ou conciliateur pour le même débiteur. Le tribunal peut, sans commettre d'excès de pouvoir, passer outre. Le ministère public pourra alors faire appel de la décision en limitant son recours à la nomination de l'administrateur judiciaire » ; contra P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n° 371.11, p. 621 : l'auteur, semblant avoir évolué sur cette question, estime désormais que : « [...] le tribunal ne semble pas avoir la possibilité de passer outre à l'opposition du ministère public, les textes ne réservant pas cette possibilité, contrairement à l'hypothèse de désignation d'un administrateur proposé par le ministère public ».

Lorsque la demande de fin de mission du mandataire *ad hoc* émane du débiteur, le président du tribunal doit alors mettre fin «*sans délai*» à la mission (C. com., art. R. 611-21).

326. En conclusion. Les limites de la procédure de mandat *ad hoc* tiennent à son caractère essentiellement contractuel et notamment à l'impossibilité d'empêcher les créanciers qui ne sont pas parties à l'accord de continuer à exercer leurs poursuites.

Mais, le chef d'entreprise et ses conseils peuvent alors faire aboutir les négociations initiées au cours du mandat *ad hoc* en recourant, dans son prolongement, à la procédure de conciliation ou à la procédure de sauvegarde.

Les avantages du mandat *ad hoc* résident dans la simplicité de sa mise en œuvre, sa souplesse et sa confidentialité : il permet au dirigeant de se faire assister par un professionnel sans pour autant que ses difficultés soient rendues publiques.

CHAPITRE II.

LES ATOUTS DU MANDATAIRE *AD HOC*

327. En matière de copropriété. Si la souplesse, la simplicité, la confidentialité, sont les atouts principaux de la procédure de mandat *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce, en revanche, ces avantages ne se retrouvent pas en copropriété, notamment en matière de confidentialité.

328. Confidentialité et copropriété. Plusieurs démarches tendant à informer les personnes intéressées de près ou de loin par la prévention des difficultés dans les copropriétés, ont été prévues par la réforme, certaines au stade du déclenchement de la procédure, d'autres à la suite du dépôt du rapport de l'expert.

Confronté à des impayés atteignant le seuil de 25 % prévu par l'article 29-1-A, alinéa 1^{er}, le syndic doit en informer le conseil syndical avant de saisir le président du TGI.

Par ailleurs, dans les trois hypothèses de déclenchement de l'alerte, le représentant de l'État dans le département, le maire de la commune où est implanté l'immeuble et, le cas échéant, le président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat, sont informés de la saisine par le ou les demandeurs.

Les modalités de ces informations sont fixées respectivement par l'article 61-4 et 61-5 nouveau du décret du 17 mars 1967 : le syndic doit adresser sans délai à chacun des membres du conseil syndical l'état des impayés avant répartition à la date de la clôture de l'exercice comptable.

L'information des autorités publiques est assurée par l'envoi d'une copie de la requête ou de l'assignation.

Une fois le rapport établi par la mandataire *ad hoc* nommé et s'inspirant de ce qui existe déjà dans le régime des copropriétés en difficulté, « *le greffe du tribunal de grande instance adresse ce rapport au syndic, au conseil syndical, au maire de la commune où est implanté l'immeuble, le cas échéant au président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat, ainsi qu'au représentant de L'État dans le département* ».

Sont ainsi associées à la procédure d'alerte, les autorités publiques qui disposent de prérogatives et de moyens et peuvent ainsi venir en aide aux copropriétés fragilisées.

Aux termes de l'article 61-11 nouveau du décret du 17 mars 1967, le syndic doit alors informer les copropriétaires qu'ils peuvent prendre connaissance de ce rapport dans les conditions fixées par l'article 62-12 du décret susvisé, c'est-à-dire à son bureau ou en tout autre lieu fixé par l'assemblée générale, pendant les heures ouvrables, dans le mois qui suit. Une copie de tout ou partie du rapport est adressée, à leurs frais, par le syndic aux copropriétaires qui en font la demande.

329. En matière d'entreprise en difficultés. La procédure du mandat *ad hoc* est avant tout peu coûteuse, l'intérêt étant d'intervenir dès les premières difficultés car une fois l'entreprise en état de cessation des paiements, les procédures visant à trouver une solution aux difficultés sont beaucoup plus onéreuses.

Seuls les atouts du mandataire *ad hoc* du Livre VI du Code de commerce seront abordés et sont donc sa souplesse et sa simplicité (**Section II**) mais également et surtout son obligation de confidentialité (**Section I**).

SECTION I. L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

330. La règle impérative est celle de l'article L. 611-15 du Code de commerce qui instaure la règle de la confidentialité à laquelle sont tenues les personnes appelées à cette procédure ou qui, par leurs fonctions, en ont connaissance. Cette règle doit être d'autant plus respectée que c'est elle qui assure le succès des procédures conventionnelles.

Le projet de loi en 2005 prévoyait initialement la communication de la décision nommant le mandataire *ad hoc* au ministère public. Un tel dispositif avait été vivement critiqué compte tenu de la nécessité pour le mandat *ad hoc* de demeurer confidentiel et de la crainte que pouvait inspirer la communication des éléments du mandat au procureur de la République. Ce projet n'a finalement pas été retenu.

331. La seule réserve admise à la confidentialité réside dans l'article L. 621-1 du Code de commerce selon lequel : « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent, est examinée en présence du ministère public. Dans ce cas, le tribunal peut d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation, nonobstant les dispositions de l'article L. 611-15* ».

Le principe de confidentialité (§1) amène donc certaines réserves (§2).

§ 1. LE PRINCIPE DE CONFIDENTIALITÉ

332. Le fondement. L'article L611-15 dispose que « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ».

Cette confidentialité est garantie dans les faits par un dispositif qui est l'absence d'appel nominal et d'affichage des parties dans les couloirs, un nombre volontairement réduit de juges délégués, le nom du dossier maintenu en permanence non visible, etc..

La pratique prouve que le respect de la confidentialité que recherchent certains créanciers qui sont parfois à l'origine de la demande en ce sens qu'ils invitent leur débitrice à aller solliciter l'ouverture d'une procédure de prévention pour pouvoir poursuivre dans un cadre plus sécurisé une négociation déjà entamée.

Eu égard à la difficulté psychologique que pourraient avoir les débiteurs à effectuer une démarche volontaire les conduisant vers le juge, le caractère confidentiel de la procédure est un atout essentiel de la réussite des mesures de restructurations³⁷⁴.

Cette confidentialité n'est donc pas un simple accessoire de la loi, mais au contraire l'élément important des procédures de prévention, et toute atteinte dans son respect constituerait un frein immédiat à leur développement.

333. Confidentialité et secret professionnel. Avant la loi du 26 juillet 2005, rien n'était prévu en ce qui concerne le mandat *ad hoc*. Désormais, toute personne appelée à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité.

Ces personnes ne sont pas soumises au secret professionnel mais au respect de la confidentialité. La différence est d'importance : si la violation du secret professionnel est constitutif d'une infraction pénale (C.pén., art. 226-13), en revanche aucune mesure ne vient sanctionner la violation d'une obligation de confidentialité. Dès lors, ce n'est que par l'application des règles de droit classique que la solution peut être dégagée. Les personnes qui ne respectent pas la confidentialité à laquelle elles sont tenues engagent leur responsabilité civile et peuvent être condamnées seulement à l'octroi de dommages et intérêts.

À la différence du secret professionnel (auquel peuvent, par ailleurs être tenues, en raison de leur profession, certaines personnes, comme les banquiers et les

³⁷⁴ Avis n° 337 de C. Gaudin, *Doc. Sénat*, au nom de la commission des affaires économiques, 11 mai 2005, p. 24.

avocats), la confidentialité peut être levée à la demande de l'entreprise bénéficiaire³⁷⁵.

334. Jurisprudence confirmée. En 2013, la jurisprudence, dans le cadre d'un mandat *ad hoc* nommé hors procédures collectives, a rappelé que le mandat *ad hoc* n'était pas couvert par le secret professionnel.

Dans un arrêt du 11 avril 2013, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³⁷⁶ décide qu'un associé dont les droits de vote ont été exercés par un mandataire *ad hoc* est en droit de solliciter la désignation d'un huissier aux fins d'obtenir communication forcée des pièces échangées entre le mandataire *ad hoc* et les associés ayant sollicité sa désignation.

Le mandataire *ad hoc* ne saurait opposer le secret professionnel tiré de son statut de mandataire judiciaire pour dénier toute obligation à rendre des comptes à un associé.

En vertu de cette jurisprudence, alors que leurs missions les placent au cœur d'intérêts divergents, les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires désignés en dehors d'une procédure collective ou autrement que pour administrer une société ne pourraient opposer le secret aux demandes des plus curieux.

Cette position atteste d'une méprise sur la mission assignée au mandataire *ad hoc*, lequel, si l'on s'en tenait à l'arrêt, serait le mandataire de l'associé dont il exerce les droits.

Or, il suffit de voir dans quelles conditions le mandataire *ad hoc* est désigné pour comprendre que la réalité s'avère bien plus complexe et que plutôt que d'agir dans l'intérêt de l'associé, le mandataire *ad hoc* se doit également de composer avec l'intérêt de la société.

³⁷⁵ CA Paris, 2 avr. 1999, BICC 200, no 121 ; RTD com. 2000. 714, obs. F. MACORIG-VENIER ; Bull. Joly 1999, 1084, note A. COURET

³⁷⁶ CA Aix-en-Provence, 11 avr. 2013, n° 2013/320, LEDEN, 03 juin 2013 n° 6, P. 2 obs. N. PELLETIER ; D. N° 2012-1071 DU 20 SEPT. 2012 : JO 22 SEPT. 2012, P. 15008 LEDEN, 15 OCT. 2012 N° 9, P. 1 F-X LUCAS ; PREMIÈRE MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE, TC NANTERRE, 27 MARS 2013 (NON REPRODUIT), BJE, MAI 2013 P. 134, NOTE H. BOURBOULOUX ET G. COUTURIER.

S'il doit rendre compte à l'associé des diligences accomplies à son profit, le mandataire *ad hoc* n'a pas à satisfaire la moindre de ses demandes et notamment n'a pas à lui communiquer toutes les informations obtenues préalablement au vote. S'il devait en aller autrement le mandataire *ad hoc* ne serait plus en mesure d'exercer correctement sa mission.

De fait, il n'aurait plus la possibilité d'obtenir communication de tous les documents dont il a besoin pour exprimer un vote éclairé.

L'obligation faite au mandataire *ad hoc* de communiquer les documents transmis en confiance par les autres associés reviendrait à privilégier la transparence sur le secret et donc les droits d'un associé sur ceux des autres.

335. Il est donc unanimement reconnu que la prévention n'a des chances de réussite que si les difficultés du débiteur ne sont pas révélées.

Ainsi, lorsque le mandataire *ad hoc* réunit pour la première fois les créanciers, il peut demander à chacun d'entre eux de souscrire un engagement de confidentialité dont il prend acte.

Toutefois, cette confidentialité a des limites. Elle doit être levée pour permettre à une entreprise qui en bénéficie d'obtenir la communication d'une lettre adressée par l'un des garants au président du tribunal contenant des engagements précis de soutien qui n'auraient pas été respectés³⁷⁷.

§ 2. L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ ET LA TRANSPARENCE

336. La confidentialité est la mesure de protection de l'entreprise qui, révélant des difficultés pouvant la conduire à la défaillance, les partage avec ceux susceptibles de l'aider à surmonter cette situation par la négociation d'accords amiables et loyaux.

³⁷⁷ CA Paris, 14e ch., sect. B, 2 avr. 1999, n° RG : 1998/19517, Dict. perm. dr. aff., Bull. 518

Sans la confidentialité, les difficultés pourraient être aggravées par des actions individuelles de créanciers ou partenaires voulant se prémunir brutalement d'une défaillance que l'on cherche à éviter.

Mais pour permettre la négociation loyale d'accords préservant les intérêts de tous, l'entreprise doit gagner la confiance de ses partenaires et confier toute l'information utile la concernant pour permettre aux parties de s'entendre communément sur l'état des lieux, la compréhension de l'origine des difficultés, les solutions pour les résoudre et les perspectives.

Si ces informations ne sont pas partagées entre les parties, aucune solution négociée ne pourra aboutir, chacun pouvant penser que l'autre n'affiche pas la réalité de la situation. Ainsi c'est bien la confidentialité qui peut permettre une parfaite transparence entre les parties concernées.

Atténué par la disparition des sanctions pénales qui étaient, jusqu'à la loi de sauvegarde, attachées à la violation de la confidentialité en procédure de conciliation, le principe en a toutefois, depuis lors, été renforcé par son élargissement aux procédures de mandat *ad hoc*.

337. La difficulté principale tient aux mesures possibles pour faire respecter la confidentialité : la violation du pacte de confiance qui préside au succès de ces procédures pourrait entraîner des sanctions civiles ou pénales (selon l'auteur de l'infraction), mais les preuves sont difficiles à établir.

Le législateur a lui-même préservé ou omis quelques entorses à la confidentialité qui s'exprime dans la procédure elle-même ou dans le conflit avec des lois ou règlements relevant de domaines distincts.

La confidentialité des procédures de mandat *ad hoc* doit se combiner avec des dispositions d'inspiration contraire lorsque l'entreprise est soumise à un statut réglementé de société cotée, mais également lorsqu'elle est confrontée au droit du travail et à l'information des institutions représentatives du personnel : la société requérante devra déterminer le moment et le contenu de l'information sur la procédure de prévention et le contenu des accords en phase de finalisation.

Le principe de confidentialité peut parfois engendrer des situations particulières et préjudiciables à l'égard des prêteurs constituant un manquement à l'obligation de sincérité et de loyauté caractérisant un comportement gravement répréhensible du

bénéficiaire du crédit au sens des dispositions de l'article L. 313-12, alinéa 2, du Code monétaire et financier.

338. Confidentialité et loyauté. En effet un arrêt de la Cour de cassation³⁷⁸ met en évidence l'opposition entre le principe de confidentialité et la loyauté dans le monde des affaires que se doit d'avoir tout bénéficiaire de crédit à l'égard de son partenaire financier.

En l'espèce, afin de permettre à un groupe de faire à une acquisition importante, un pool bancaire se réunissait pour le financement de cette opération. Le groupe ayant de difficultés de trésorerie, il sollicitait une renégociation de l'échelonnement des prêts qui était acceptée.

Devant faire face à de nouvelles difficultés financières, deux sociétés du groupe demandaient en septembre 2006 la nomination d'un mandat *ad hoc* pour les aider dans leurs négociations avec le pool bancaire.

Une première conciliation était ouverte laquelle aboutissait à un protocole de conciliation ultérieurement homologué en février 2007.

Pendant le premier semestre 2007 le groupe rencontrait de nouvelles difficultés financières amenant à une seconde conciliation en juillet 2007 aux fins de trouver de nouveaux investisseurs. Un protocole de conciliation intervenait en novembre 2007 prévoyant plusieurs restructurations et réaménagements de crédits.

Malgré ce soutien bancaire constant, en juillet 2008, le commissaire aux comptes informait les actionnaires, en application de l'article L. 234-1 du Code de commerce, de l'existence de faits de nature à compromettre la continuation de l'exploitation.

Face à cette nouvelle dégradation, les sociétés du groupe sollicitaient en septembre 2008 la désignation d'un nouveau conciliateur. Deux réunions du pool bancaire étaient organisées avec les sociétés concernées lesquelles étaient restées muettes sur la procédure d'alerte et la désignation du conciliateur.

Cependant, l'une des banques ayant découvert l'existence de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes ainsi que l'ouverture de la conciliation, décidait de cesser les relations contractuelles en octobre 2008 en considérant que

³⁷⁸ Cassation commerciale, 7 févr. 2012, n° 10-28.815 et 10-28.816

ces informations, volontairement dissimulées, constituaient une cause d'exigibilité entraînant la suspension de la mise à disposition des ouvertures de crédit.

Face à cette réaction de leur partenaire financier, les sociétés du groupe régularisaient une déclaration de cessation des paiements.

Une procédure de redressement judiciaire était ouverte en novembre 2008 ; un plan de cession était arrêté et la liquidation judiciaire intervenait en mars 2009.

Puis, le liquidateur, soutenant que la rupture bancaire était préméditée, engageait une action en responsabilité contre la banque qui avait mis un terme aux facilités financières aux fins d'obtenir sa condamnation de dommages et intérêts au titre du différentiel entre le passif déclaré et l'actif appréhendé.

Selon lui, la banque, en ayant rompu les concours bancaires, s'était affranchie des dispositions contractuelles ainsi que des dispositions du Code monétaire et financier, causant un préjudice à la collectivité des créanciers.

Par jugement du tribunal de commerce de Grenoble du 15 janvier 2010, la banque était condamnée à payer, outre les intérêts légaux. En appel, la cour de Grenoble³⁷⁹ infirmait le jugement du fait du comportement déloyal des dirigeants des sociétés judiciairement liquidées.

Les dirigeants avaient effectué des déclarations inexactes notamment en indiquant que leurs sociétés ne faisaient pas l'objet d'une procédure d'alerte et de conciliation. Ces déclarations erronées étaient réitérées par chaque emprunteur lors de la signature des prêts et pour chacune des tranches de prêts, à la date de réalisation de l'acquisition ainsi qu'à chaque date d'utilisation et au début de chaque période d'intérêts.

La cour en déduisait que les emprunteurs étaient soumis à une obligation contractuelle de sincérité, obligation qui rejoint l'obligation générale de loyauté qui pèse sur chaque contractant.

La cour constatait également, à sept reprises sur moins d'un mois, des envois de la société emprunteuse à sa banque des avis de tirages confirmant l'exactitude ainsi que l'actualisation des déclarations effectuées lors de la signature des prêts.

³⁷⁹ CA Grenoble, 28 oct. 2010, n° 10/00861

La cour relevait en outre que le liquidateur ne saurait justifier a posteriori ces omissions volontaires en soutenant que l'opération de cession des parts avait procuré une trésorerie mettant un terme à la procédure d'alerte.

La cour concluait sévèrement de la façon suivante : « *En omettant de tenir les banques informées de la procédure d'alerte, de présentation d'une requête aux fins de nomination d'un mandataire ad hoc, de la nomination de Maître X en cette qualité, requête faisant état des graves difficultés auxquelles le groupe était confronté, et en procédant à des déclarations mensongères, la société Y a altéré la confiance, base du crédit, du créancier dans le crédit et il ne saurait être reproché à la banque d'avoir mis fin, à titre personnel aux concours bancaires consentis en vertu du contrat de prêt et ce sans préavis et sans avis consultatif de Maître X, et ce même si cette décision a pu entraîner ou au moins précipiter la décision de procéder à la déclaration de cessation des paiements* ».

La chambre commerciale de la cour de cassation rejetait les pourvois en indiquant : « (...) *qu'elle avait, par le passé, sollicité plusieurs fois des procédures de conciliation ayant rapidement conduit à des accords de banque ; que par ces seuls motifs, dont se déduisait le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée sur le seul fondement d'un manquement aux engagements a légalement justifié sa décision* ».

Le principe de confidentialité est fondamental pour permettre de mener à bien les négociations. Toutefois, il trouve ses limites dans les relations avec ces partenaires financiers surtout, comme en l'espèce, quand ils ont été sollicités à plusieurs reprises.

Cette procédure met en évidence le comportement non acceptable, que la Cour a d'ailleurs sévèrement sanctionné, du dirigeant qui se retranche derrière le principe de la confidentialité pour dissimuler ses difficultés et obtenir des aménagements financiers de ses partenaires financiers.

339. L'utilité du principe de confidentialité n'est plus à prouver. Mais l'espèce montre ses limites face à un partenaire financier qui peut, en apprenant la réalité de la situation cachée, s'estimer trahi et agir en conséquence.

Par ailleurs l'intérêt individuel de certaines parties peut avoir avantage à révéler la procédure pour en favoriser l'échec. Ce sera le cas notamment du concurrent qui

peut être partie à la discussion. Plus fréquemment, cela peut être le cas de créanciers eux-mêmes bénéficiant d'instruments de garanties et qui, pour être indemnisés, ont avantage à la défaillance. Sans aller jusqu'à prendre le risque d'être ouvertement responsable de cette défaillance, le créancier aura tout intérêt à l'échec de la négociation pour percevoir la contrepartie du risque couvert ou assuré.

Afin de limiter les violations de la confidentialité en particulier lorsque les parties à la négociation sont très nombreuses, il faudra parfois favoriser la structuration des créanciers en groupe de travail représentatif auquel les créanciers non membres de ce groupe de travail donnent mandat au moins dans l'accès à l'information, voire dans la négociation.

Il ne faudra pas hésiter également à faire souscrire des engagements de confidentialité renforcée pouvant prévoir les sanctions des violations des engagements souscrits.

La confidentialité dans la procédure du mandat *ad hoc* répond tout autant à la volonté de protéger l'entreprise en difficulté que de permettre la diffusion dans un cercle limité et déterminé de l'information transparente, préalable indispensable à la négociation loyale et équitable.

340. En conclusion la nécessité de préserver la confidentialité, de la renforcer, de revenir à la protection par un secret et non par une simple confidentialité a été évoquée à de nombreuses reprises.

Après un rapport parlementaire du 24 avril 2013 sur la réforme des tribunaux de commerce, un rapport de synthèse a été établi par la Chancellerie, notamment pour faire le point sur les pistes retenues sur la réforme de la prévention des entreprises en difficultés.

Dans le cadre de la confidentialité, le recours à l'assurance prévention obligatoire a été mis en avant et est apparu intéressant.

De même, l'idée de mieux séparer la prévention du tribunal, par une organisation restant confiée à des juges, mais dans des lieux différents³⁸⁰, a été soutenue. Elle permettrait de mieux préserver la confidentialité qui doit être renforcée, notamment dans les petits tribunaux, et dans les plus grands tribunaux, de donner à la prévention une image loin de la solennité des tribunaux³⁸¹.

Enfin, la délocalisation éviterait les effets pernicioeux d'une trop grande proximité avec le tribunal et permettrait au dirigeant d'éviter la difficulté d'affronter un juge qui fait partie de son environnement immédiat et de recourir plus volontiers à la prévention, dans un contexte dont la confidentialité serait ainsi mieux assurée.

Certains ont proposé que la confidentialité soit mieux protégée par l'instauration d'un secret pénalement protégé. Un débat est né sur la possibilité d'interdire les clauses modifiant l'application des contrats dans le cadre de l'ouverture d'une conciliation ou d'un mandat *ad hoc*.

En pratique, il n'existe pas, le plus souvent, de difficultés précisément compte tenu de l'intervention du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur qui a justement pour effet, d'éviter l'application abusive de telles clauses.

³⁸⁰ Idée de transférer les juges de la prévention dans les chambres de commerce a été évoquée.

³⁸¹ C'est plutôt une image de disponibilité et d'écoute qu'il est proposé de montrer et dans ces lieux, des réunions d'information pourraient être régulièrement organisées en relation avec les organismes patronaux, pour mieux faire connaître la prévention et la dédramatiser.

SECTION II. LA SOUPLESSE ET LA SIMPLICITÉ

341. Une procédure simple. Sur simple dépôt d'une requête, le dirigeant sera reçu par le président du tribunal, assez rapidement, car les caractéristiques essentielles de la procédure du mandat ad hoc sont la disponibilité et la réactivité. De plus, au vu du dossier documenté présenté et des explications recueillies lors de l'audition du chef d'entreprise, la mission confiée au mandataire *ad hoc* sera définie.

Les aspects particuliers de chaque dossier seront donc pris en compte et c'est d'entente avec le dirigeant que la mission sera arrêtée.

L'accord préalable entre le dirigeant et le mandataire sur sa rémunération étant intervenu, l'ordonnance sera signée et la mission pourra immédiatement commencer, le tout sous contrôle du juge.

Une nouvelle architecture offre au débiteur, dans certains cas, le choix entre de diverses « *procédures* » de négociation préventive en fonction des difficultés rencontrées. Leur attrait et efficacité pourraient devenir une alternative performante aux procédures collectives ou le préalable nécessaire à celles-ci.

Désormais une seule équation est impérative pour le débiteur : la constatation d'un état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours engendre l'obligation³⁸² de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

En revanche, ce même débiteur a désormais la possibilité de demander, outre la nomination d'un mandataire *ad hoc*³⁸³, l'ouverture d'une procédure de conciliation³⁸⁴ et ce même s'il est en état de cessation des paiements mais, dans ce cas, depuis moins de 45 jours, procédure qui n'est pas une procédure collective.

Alors qu'il n'est pas en état de cessation des paiements, le débiteur a aussi le choix de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, véritable procédure collective cette fois et au sein de laquelle la négociation est peu

³⁸² La sanction de l'absence de déclaration de cessation des paiements a été atténuée. Une interdiction de gérer a été substituée à la faillite personnelle.

³⁸³ Art. L. 611-3 du Code de commerce,

³⁸⁴ Art. L. 611-4 du Code de commerce,

présente, et qui, notamment, par le « *gel du passif* » qu'elle induit, comporte une multitude de mesures extrêmement favorables au débiteur. Cette procédure de sauvegarde est donc devenue une faveur pour ce dernier³⁸⁵.

Pour autant chacune de ces procédures préventives gardent leur spécificité qu'il convient de déterminer.

§1. LA SOUPLESSE DU MANDAT *AD HOC* PAR RAPPORT À L'ADMINISTRATION PROVISOIRE

342. Confusion des termes. L'administrateur provisoire est souvent confondu avec le mandataire *ad hoc*. Ces deux mandataires de justice se distinguent, en principe, par la nature et l'étendue de leurs missions respectives.

La différence essentielle entre l'administration provisoire et le mandat *ad hoc* tient à ce que la première est un mandat judiciaire général d'administration courante, alors que le second est un mandat judiciaire spécial d'accomplir un acte déterminé.

Il en résulte que la dénomination d'administration provisoire devrait être réservée aux missions qui emportent dessaisissement, total ou partiel, d'un ou plusieurs organes sociaux. Il emporte toujours mandat de représentation de la société et dessaisissement corrélatif de l'organe légal de représentation,

A la différence du mandat *ad hoc*, s'il peut exceptionnellement être un mandat *ad litem* conférant un pouvoir spécial de représentation dans une instance judiciaire déterminée, il n'emporte pas dessaisissement général de principe de l'organe légal de représentation. Le mandataire *ad hoc* est chargé d'une mission très ponctuelle sans dessaisissement.

Cette distinction de principe n'est cependant pas toujours facile à faire.

Le dessaisissement de l'organe social au profit de l'administrateur provisoire peut être d'étendue très variable et la mission du mandataire *ad hoc* est elle-même

³⁸⁵ L'article 2024 du Code civil (réd. L. 19 fév. 2007), parle à cet égard d'ouverture de la procédure de sauvegarde au profit du fiduciaire.

susceptible de recouvrir un certain nombre d'actes qui relèvent normalement de la compétence d'un organe social (comme la convocation d'une assemblée générale).

Les dénominations « *administrateur provisoire* » dans un cas, et « *mandataire ad hoc* » dans l'autre, si elles présentent l'avantage de faciliter la différenciation des deux types de mandat et leur présentation, n'ont rien d'impératif et ne sont pas toujours respectées par les juges.

Il arrive qu'une même personne se voie confier les deux types de mandat, par une même décision de justice ou par des décisions successives. Les missions confiées à l'un ou à l'autre peuvent d'ailleurs être modifiées en cours de litige. Un mandat *ad hoc* peut ainsi laisser place à une administration provisoire ou inversement.

C'est donc l'ampleur de la mission confiée et la gravité de la crise à surmonter qui normalement justifie l'utilisation de l'une des dénominations de préférence à l'autre. En principe, les conditions de nomination d'un administrateur judiciaire sont pourtant appréciées de manière plus stricte que celles d'un mandataire *ad hoc*.

343. Les conditions de recours au mandataire *ad hoc* sont souvent très proches de celles qui sont exigées pour la désignation d'un administrateur provisoire, même si le caractère spécial du pouvoir attribué peut expliquer certaines particularités de procédure.

On retrouve le plus souvent les mêmes hypothèses de blocage et de fonctionnement anormal, étant entendu que la cause du dysfonctionnement est sans doute mieux cernée puisque ces situations paraissent pouvoir être résolues par l'accomplissement d'une mission déterminée, sans que son administration courante soit entravée.

Par ailleurs l'urgence et l'existence d'un péril imminent doivent toujours être relevées pour justifier l'immixtion du juge dans le fonctionnement social.

§2. LA SOUPLESSE DU MANDAT *AD HOC* PAR RAPPORT À LA CONCILIATION

344. Description de la procédure de conciliation. La procédure de conciliation, instituée par la loi du 26 juillet 2005, elle-même améliorée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, est une procédure de traitement amiable des difficultés d'un débiteur ayant une activité professionnelle indépendante.

Elle vise à éviter l'ouverture d'une procédure judiciaire lourde au profit du traitement des difficultés d'un débiteur par la voie de la négociation avec ses créanciers, négociation confidentielle encadrée, mais non dirigée, par l'autorité judiciaire.

Cette procédure de conciliation est l'héritière directe, mais enrichie, du règlement amiable mis en place par la loi du 1^{er} mars 1984, et peu couronné de succès malgré une première réforme opérée par la loi du 1^{er} mars 1994³⁸⁶.

Le changement d'appellation de « *règlement amiable* » à la « *procédure de conciliation* » marque implicitement une approche plus ambitieuse.

Il ne s'agit plus seulement d'aménager le règlement des dettes mais plutôt d'élaborer un véritable plan de redressement amiable avec une appréhension globale de l'entreprise³⁸⁷.

La procédure de conciliation est insérée sous un le Titre I « *De la prévention des difficultés des entreprises* », au même titre que la procédure du mandataire *ad hoc*.

Cette qualification résulte à la fois de l'objectif qui lui est assigné par le législateur³⁸⁸, que par la possibilité maintenant reconnue au débiteur de demander son ouverture alors même qu'il est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours (C. com., art. L. 611-4).

³⁸⁶ A. COURET, N. MORVILLIERS, G.-A. DE SENTENAC, *Le traitement amiable des difficultés des entreprises* : Économica, 1995.

³⁸⁷ Art. L. 611-7 al. 1 du Code de commerce, qui donne au conciliateur la possibilité de présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

³⁸⁸ Parvenir à un accord avec ses principaux créanciers destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise : Code de commerce, art. L. 611-7, al. 1

En cas de nomination d'un conciliateur, sans proposition du débiteur, le Code de commerce prévoit de manière précise la possibilité de récusation à l'initiative du seul débiteur³⁸⁹. Une des raisons qui peut motiver ce remplacement réside dans l'existence d'« *une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur* » (C. com., art. R. 611-27 3°).

Le conciliateur peut s'y opposer, mais quoi qu'il en soit, le dernier mot revient toujours en la matière au débiteur puisqu'il lui est offert la possibilité à tout moment de demander au président du tribunal de mettre fin sans délai à la procédure de conciliation (C. com., art. R. 611-37).

Si la négociation avec les créanciers est toujours entreprise par celui qui a été nommé, le débiteur garde, en sous-main, la conduite des opérations.

L'article L. 611-4 du Code de commerce indique que cette procédure a été instituée devant le tribunal de commerce à l'intention des personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale « *qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours* ».

Dans le cadre de l'ancien règlement amiable, il était indiqué qu'au cours de son élaboration, il était possible au conciliateur de saisir le président du tribunal afin qu'il prononce une suspension provisoire des poursuites si celle-ci était de nature à faciliter la conclusion de l'accord.

Cette mesure, trop autoritaire, a été critiquée en ce qu'elle imposait aux créanciers, une suspension trop générale, qui, de surcroît avait pour effet de révéler les difficultés rencontrées.

345. Assouplissement de la procédure conciliation. Désormais, des mesures beaucoup plus souples existent. Ainsi, l'article L. 611-7 du Code de commerce précise que si au cours de la procédure le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des

³⁸⁹ Celle-ci doit être initiée dans les 15 jours de la désignation, la procédure de conciliation étant suspendue le temps que soit rendue une décision définitive.

articles 1244-1 à 1244-3 du code civil³⁹⁰, c'est-à-dire prononcer un report ou un rééchelonnement du paiement des sommes dues pour une durée maximale de deux ans.

Tout est prévu pour assurer l'efficacité de ces mesures. En particulier, la juridiction saisie de la poursuite doit surseoir à statuer, le temps que la décision rendue par le président du tribunal de la conciliation lui soit communiquée (C. com., art. R. 611-35).

De telles dispositions n'existent pas pour le mandataire *ad hoc*. Mais rien n'interdit l'application du code civil, d'autant plus que l'article 1244-3 précise que ses dispositions sont d'ordre public.

En d'autres termes, favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, mêmes publics³⁹¹ et, le cas échéant, ses cocontractants habituels d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise est la mission du conciliateur.

Il s'y ajoute que le conciliateur peut également *“présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi”*.

Cela pose la question de la possibilité pour le tribunal de refuser l'ouverture d'une procédure de conciliation lorsqu'il s'aperçoit à la lecture des documents que le débiteur doit lui communiquer dans sa requête introductive, que cette procédure n'a aucune chance d'aboutir.

Pour rendre attractive cette procédure, il serait bon d'établir que le président perde son pouvoir d'appréciation et qu'il soit contraint d'accéder à la demande si les exigences légales sont respectées.

³⁹⁰ Le débiteur peut, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, solliciter des délais de paiement dans le cadre des articles 1244-1 et suivants du Code civil dès sa mise en demeure et donc avant d'être poursuivi judiciairement.

³⁹¹ Mais la procédure à suivre pour obtenir des remises de dettes est longue et très encadrée (C. com., art. D. 626-9 et suivant). V. TEBOUL, "Les remises de dettes publiques : mythe ou réalité ?", LPA 30 mars 2009, p.3.

Le professeur Le Corre³⁹², s'appuyant sur les travaux préparatoires estime que : « *le président n'a pas en principe à apprécier l'opportunité de l'ouverture en tenant compte des moyens envisagés par le débiteur pour sortir de ses difficultés* ».

En réalité les vrais pouvoirs d'investigations du président sur la situation économique du débiteur sont repoussés, par l'ordonnance du 18 décembre 2008, après l'ouverture de la procédure de conciliation.

Toutes informations destinées à lui donner une exacte information sur la situation économique de l'entreprise peuvent être obtenues par le président qui peut également charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et de recueillir les renseignements appropriés auprès des banques et établissements bancaires ou financiers.

Le dernier alinéa de l'article L. 611-6 dispose : « *le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci* ».

Ces pouvoirs s'ajoutent à ceux qui lui sont attribués par le second alinéa au I de l'article L. 611-2 du Code de commerce.

Le président paraît donc bien avoir compétence liée, comme le précise la rédaction a priori impérative de l'article L. 611-6 du code de commerce : « *la procédure est ouverte par le président du tribunal* ». C'est aussi pour cette raison que la possibilité d'interjeter appel offerte au ministère public de la décision ouvrant une conciliation ne doit pas avoir un effet dissuasif³⁹³.

Il ne peut porter que sur le respect des conditions légales requises. En revanche, une fois la procédure ouverte, le conciliateur peut demander à ce qu'il soit mis fin à sa mission, notamment s'il estime la procédure vouée à l'échec.

³⁹² P.-M. LE CORRE, *Droit et Pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2013-2014, 6ème éd. 2011, n° 141.32.

³⁹³ Les conditions légales sont le respect des incompatibilités, le délai de trois mois entre deux procédures de conciliation et l'absence d'état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, ainsi que les règles procédurales de compétences. Pour un exemple, V. CA Rennes, 18 oct. 2011, n°11/02954, BJE 2012, n°7, p.8 obs. J.-P. SORTAIS ; Rev. Proc. Coll. 2011, nov. déc., n° 164, p.33, obs. CH. DELATTRE ; Leden fév. 2012, n°34, obs. P. RUBELLIN.

346. Une procédure plus stricte que celle du mandat *ad hoc*. Proche du mandat *ad hoc*, la conciliation est cependant plus encadrée, réglementée.

Sa durée ne peut excéder quatre mois, éventuellement prorogée d'un mois à la demande du conciliateur. Alors que le mandat *ad hoc* n'a pas de limitation de délai.

La décision d'ouverture est communiquée au ministère public, lui permettant d'ailleurs d'interjeter appel. Certains débiteurs s'éloignent de cette procédure pour cette seule raison.

En l'absence de précision légale, la question de savoir si elle doit être communiquée au Comité d'entreprise est bien plus importante. Pour certains, dans l'affirmative cela condamnerait l'attrait de cette procédure³⁹⁴ puisque cela mettrait fin, dès le début à la confidentialité.

La procédure de conciliation est plus sécurisante pour les créanciers. Elle l'est également pour les personnes coobligées, ayant consenti une sûreté personnelle, ayant affecté ou cédé un bien en garantie, personne physique mais aussi personne morale, qui peuvent se prévaloir des dispositions³⁹⁵ et de l'accord constaté ou homologué³⁹⁶. Au contraire, purement contractuel, l'accord trouvé par le mandataire *ad hoc* doit avoir été accepté par les créanciers auxquels rien ne peut être imposé.

Ces dispositions sont destinées à inciter les dirigeants qui se seraient portés garants des dettes sociales à recourir à une procédure de conciliation³⁹⁷.

³⁹⁴ F.X. LUCAS, Petites Affiches, 20 mars 2007, p. 43, pour lequel la confidentialité qui fait le succès de cette procédure ne serait pas respectée. Le Code de commerce ne prévoit d'ailleurs une audition des représentants du comité d'entreprise qu'au stade de l'homologation de l'accord de conciliation.

³⁹⁵ Art. L. 611-10-2, al. 1er du Code de commerce,

³⁹⁶ Cette faveur n'était réservée avant l'ordonnance de 2008 que si l'accord était homologué. Avant ce texte, il avait été jugé que les cautions, sûretés personnelles accessoires, pouvaient se prévaloir d'un tel accord V en ce sens Com. 5 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 84.

³⁹⁷ Les auteurs pensent donc que c'est par inadvertance que le texte ne limite pas la protection aux garants personnes physiques, comme en droit de la sauvegarde. Il faut alors constater que cela renforce l'attractivité de la procédure de conciliation.

347. En ce qui concerne l'issue de la conciliation, la règle est la même avec une différence notable, les créanciers et le débiteur ont le choix entre deux accords de conciliation, ce qui en fait toute sa particularité.

- Le premier est constaté par le président du tribunal qui lui donne alors force exécutoire, après avoir été saisi sur requête conjointe du débiteur et des créanciers contractants (C. com., art. L.611-8).

L'accord de tous les participants est donc « procéduralement » exigé. Il a été justement remarqué que l'accord n'est pas véritablement collectif, mais plurilatéral³⁹⁸.

La décision n'est pas publiée et ne donne lieu à aucun recours. Les créanciers qui ont fait des efforts ne sont pas protégés en cas d'ouverture d'une procédure collective car ils n'ont pas de privilège.

- Le second, l'accord homologué, plus contraignant et dérogoire par ces effets présente la particularité de devoir être présenté en justice par le seul débiteur. Il est soumis à une large publicité³⁹⁹.

La demande est étudiée en chambre du conseil, mais de nombreuses personnes y sont appelées ou entendues et en particulier les représentants du personnel (C. com., art. L. 611-19).

Le jugement d'homologation, contrairement au jugement rejetant l'homologation qui n'est pas soumis à publicité, est largement publié, mais pas l'accord intervenu (C. com., art. R. 611-40).

Autrement dit, les tiers sont informés de la conclusion d'un accord mais ils ignorent tout de celui-ci, hormis les garanties et les privilèges constitués pour en assurer l'exécution⁴⁰⁰.

Comme il a été écrit, « *le système dualiste retenu devrait désamorcer les critiques puisqu'il est loisible aux parties de conserver un caractère secret à leur accord.*

³⁹⁸ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté ; instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd., n°91.

³⁹⁹ Pour être certain que ce dernier accomplisse cet acte de procédure, il est alors prudent que les créanciers érigent en condition suspensive et la demande en justice d'homologation et l'homologation de l'accord. A défaut, l'accord initial conserverait les effets contractuels qui lui sont dévolus.

⁴⁰⁰ R. 611-40, al.3. Et les montants garantis par le privilège institué par l'article L. 611-11.

*Elles peuvent à l'inverse renoncer à la confidentialité : la publication est alors le prix à payer pour la sécurité*⁴⁰¹ ».

La sécurité est assurée lorsqu'une procédure collective est ouverte suite à l'inexécution de l'accord homologué car le tribunal vérifie au moment de l'homologation que le débiteur n'est plus en état de cessation des paiements.

Il est par conséquent, légalement interdit, contrairement à ce qu'avait décidé la jurisprudence antérieure, de reporter l'état de cessation des paiements à une date antérieure à l'homologation⁴⁰² et par conséquent de remettre en cause par le biais des nullités de la période suspecte l'accord amiable et les sûretés prises à cette occasion, le tout sous la réserve habituelle d'une fraude⁴⁰³.

L'intérêt pour les créanciers de l'accord homologué est accentué avec le bénéfice des dispositions de l'article L. 611-11 du Code de commerce, communément appelé « *privilege de la conciliation ou de new money* » qui permet en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à toute personne qui avait consenti dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie à l'entreprise lui permettant de poursuivre son activité, d'être payée pour le montant de cet apport par privilège avant de nombreuses créances⁴⁰⁴.

En raison de son efficacité, ce privilège général assure aux créanciers quasiment d'être payés dans la procédure collective postérieure, à condition qu'ils aient déclaré leur créance⁴⁰⁵. Il prime notamment celui dont sont titulaires les créanciers utiles de la procédure collective (C. com., art. L. 622-17).

Enfin, l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques, ce qui en pratique est d'une importance considérable (C. com., art. L. 611-10-2).

⁴⁰¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté ; instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd. n° 107

⁴⁰² L. 631-8, al. 2 et L. 641-1-IV du Code de commerce

⁴⁰³ Sur la notion de fraude, V., REINHARD DAMMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés », *BD sept.* 2005, n°103, p.24.

⁴⁰⁴ À l'exception toutefois de celles garanties par le privilège établi par le Code du travail concernant les créances résultant du contrat de travail et des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure

⁴⁰⁵ Cela peut cependant être dissuasif car certains créanciers refuseront parfois de contracter avec le débiteur pendant la procédure collective si les créanciers bénéficiant du privilège, publié dans l'accord, sont trop importants (C. com., art. L. 611-11).

La conciliation fait obstacle, pendant sa durée, à l'ouverture d'une procédure collective.

Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (C. com., art. L. 611-10-1), contrairement au mandat *ad hoc*.

348. Certains atouts similaires toutefois. La simplicité, la souplesse et la confidentialité qui sont les vertus de la procédure du mandat *ad hoc* se retrouvent à l'identique pour la conciliation, que celle-ci soit plus encadrée et que ses effets aillent au-delà de ceux du mandat n'y changent rien.

La procédure du mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation sont soumises, pour la confidentialité, aux mêmes impératifs et assorties des mêmes difficultés et interrogations. La généralisation et l'uniformisation⁴⁰⁶ de cette règle doivent être d'autant plus respectée que c'est elle qui assure le succès des procédures conventionnelles.

La règle impérative est celle de l'article L. 611-15 du Code de commerce qui instaure la règle de la confidentialité à laquelle sont tenues les personnes appelées à l'une ou l'autre des procédures ou qui, par leurs fonctions, en ont connaissance.

Ces deux procédures sont des procédures préventives mais surtout volontaires, au même titre que la procédure de sauvegarde.

⁴⁰⁶ Avant la loi du 26 juillet 2005, le mandataire *ad hoc* n'y était pas textuellement tenu et les acteurs du règlement amiable étaient soumis au secret professionnel, dont le non respect était pénalement sanctionné, exigence jugée trop absolue.

§3. LA SOUPLESSE DU MANDAT *AD HOC* PAR RAPPORT À LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

349. Description de la procédure. Outre qu'il ait mis en place un système très performant de détection des difficultés, le droit de la sauvegarde permet désormais de remédier bien plus tôt à la situation.

A côté de la procédure collective classique et impérative de redressement ou de liquidation judiciaire, il a été instauré une procédure judiciaire de prévention-traitement qui ne peut être ouverte que sur demande de l'entrepreneur, encore *in bonis*.

Cette institution a constitué l'innovation majeure de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Elle a instauré un mécanisme incitatif et protecteur destiné à permettre au débiteur en difficulté de se mettre sous la protection du tribunal le temps de restructurer son entreprise et de négocier ses dettes avec ses créanciers, sans attendre que sa situation se dégrade au point qu'il tombe en cessation des paiements.

En d'autres termes, « idéologiquement, on se place sous sauvegarde, comme on se place sous la protection du droit de la faillite aux États-Unis, ce qui provoque la contestation des créanciers qui tentent de remettre en cause le jugement d'ouverture par le biais de la tierce opposition⁴⁰⁷ ».

La sauvegarde s'analyse comme un « *redressement judiciaire anticipé* » censé aboutir à un plan de continuation, appelé plan de sauvegarde. Pour l'essentiel les dispositions de ces deux procédures sont communes.

Elle offre toutefois des avantages spécifiques pour tenir compte de la situation du débiteur qui, par définition, n'est pas en cessation des paiements.

⁴⁰⁷ P. RUBELLIN : « La tierce opposition est cependant très difficile. Les créanciers, représentés par le débiteur doivent invoquer un moyen qui leur est propre (CPC, art. 583). Quelques décisions emblématiques l'ont admise cependant, souvent au visa de l'article 6-1 de la CEDH (Cass. com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-11902 (affaire Eurotunnel) ; Cass. com. 8 mars 2011, pourvoi n° 10-13988 (affaire Cœur Défense) ». V. plus généralement, R. MORTIER, "Les précieuses ressources de la tierce opposition en droit des sociétés", BJS, fév. 2012, n°72, p. 153.

L'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a modifié de nombreux articles du titre II du livre VI du code de commerce. A cet effet, les modalités d'ouverture de la sauvegarde, notamment, l'article L. 621-1 du Code de commerce, dispose désormais qu'elle est ouverte sur demande d'un débiteur commerçants, artisans, agriculteurs, professionnels indépendants, personnes physiques ou personnes morales « *qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

Cette procédure était ouverte au débiteur qui justifiait de difficultés qu'il n'était pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Les conditions d'ouverture de la sauvegarde ne varient pas fondamentalement, même si elles sont assouplies. D'une part, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements. D'autre part, il doit toujours justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, condition qui évitera de voir des débiteurs bénéficier de cette procédure alors qu'ils ne connaissent pas de difficultés graves.

L'innovation consiste à supprimer l'obligation de prouver le lien entre les difficultés et la cessation des paiements future, contrairement aux textes de 2005⁴⁰⁸.

Plus la demande était précoce, plus la preuve était difficile à rapporter mais plus les chances de succès de la procédure étaient importantes⁴⁰⁹. Désormais il sera plus facile au débiteur de recourir à une procédure de sauvegarde plus en amont de la cessation des paiements.

Même si le débiteur n'a plus à démontrer que ses difficultés le conduiront à la cessation des paiements, il doit néanmoins alléguer de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

A cet égard, le tribunal procédera à une appréciation *in concreto* au jour où il statue sur la demande d'ouverture pour vérifier que les difficultés invoquées par le débiteur ne peuvent être surmontées.

Bien souvent, le débiteur demande tardivement l'ouverture de la sauvegarde, et le débat ne porte plus alors sur l'importance de ses difficultés mais sur le point de savoir s'il n'est pas déjà en cessation des paiements.

⁴⁰⁸ Sous le régime antérieur à l'ordonnance, V. en ce sens, D. VOINOT, La nouvelle procédure de sauvegarde, Gaz. proc. coll. 7-8 sept. 2005. 24, spéc. p. 31, n° 30.

⁴⁰⁹ En ce sens, notamment, F. PÉROCHON ET R. BONHOMME, 9e éd., 2011, n° 174.

La problématique reste entière car le texte n'exige plus que les difficultés soient « de nature à le conduire à la cessation des paiements »⁴¹⁰. Cette nouvelle définition favorisera la prévention par des initiatives plus en amont des difficultés.

350. Une jurisprudence confirmée. La procédure de sauvegarde a de surcroît été promue par la jurisprudence qui exige uniquement que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements sans contrôler les motifs de celui qui formule une demande d'ouverture.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mars 2011⁴¹¹ précise que : « *hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements* ».

Une juridiction a pu juger que l'ouverture de la procédure de sauvegarde est complètement indépendante d'un recours préalable à une mesure de mandat *ad*

⁴¹⁰ La doctrine avait suggéré de desserrer les conditions d'éligibilité à la procédure de sauvegarde : pour diverses suggestions, voir notamment, T. MONTÉLAN, Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme, *Gaz. Pal.* 23-24 janv. 2008, p. 3, spéc. p. 4 ; H. MONSÉRIÉ-BON et C. SAINT-ALARY-HOUIN, La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée, *D.* 2008. Chron. 941; comp. : X. LUCAS, obs. sous *Com.* 26 juin 2007 : *D.* 2008. Pan. 570.

⁴¹¹ *Cass. com.*, 8 mars 2011, n°10-13.988 10-13.989 et 10-13.990, Sté HOLD et dame Luxembourg, *JurisData* n° 2011-002852 ; *Bull. civ.* 2011, IV, n°33 ; *D.* 2011, p. 919, note P.-M. LE CORRE ; *D.* 2011, p. 2069, obs. F.-X. LUCAS ; *D.* 2011, p. 743, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2011, p. 420, obs. J.-L. VALLENS ; *JCP E* 2011, 1215, note B. DONDERO ET A. COURET ; *JCP E* 2011, 1263, n°1, obs. PH. PÉTEL ; *Gaz. Pal.* 1er-2 avr. 2011, p. 7, note F. REILLE ; *Dictionnaire permanent difficultés des entreprises* n° 324, mars 2011, p. 2, note PH. ROUSSEL GALLE, Conditions d'ouverture de la sauvegarde : les textes, rien que les textes; *LEDEN avr.* 2011, n° 4, p. 1, obs. S. GORRIAS ET CH. THÉVENOT ; *RJDA* mai 2011, p. 359, rapp. J.-P. RÉMERY ; *JCP E* 2011. 1215, note A. COURET ET B. DONDERO ; M. MENJUCQ, *Affaire Coeur Défense : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde*, *Rev. proc. coll.* 2011, repère 2 ; B. SAINTOURENS, Conditions d'ouverture de la sauvegarde : la Cour de cassation fait le maximum, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 7, avr. 2011, repère 106 ; L. ARCELIN LÉCUYER, *Procédure de sauvegarde et concurrence : le divorce consommé (à propos de l'affaire "Coeur Défense")*, *D.* 2011. 1441.

hoc ou à une procédure de conciliation⁴¹², puisqu'elle est également une procédure préventive⁴¹³.

351. Une procédure stricte. Ainsi, malgré l'assouplissement des modalités d'ouverture de la sauvegarde apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'accès à cette procédure est encore très encadré.

Elle reste une procédure collective avec des avantages mais également des inconvénients tels que la publicité, les restrictions aux pouvoirs du débiteur, le risque d'échec et de conversion en redressement ou en liquidation judiciaire...⁴¹⁴.

S'il s'avère, après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, que le débiteur se trouve ou était déjà en cessation des paiements, le tribunal convertit la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire⁴¹⁵.

De même, désormais, et c'est une innovation importante de l'ordonnance de 2008, le débiteur peut également demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, dans le cas précis où « *l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements* ».

A tout moment de la période d'observation, le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible.

La procédure de sauvegarde partage ses caractéristiques fondamentales avec les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Elle est une procédure collective, qui soumet à ses règles l'ensemble des personnes concernées par la

⁴¹² Au contraire, l'existence d'une conciliation en cours, ayant débouché sur un quasi-accord, est une condition du recours à la sauvegarde financière accélérée, entrée en vigueur le 1er mars dernier.

⁴¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, L'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. 2008/2, p. 85, spéc. p. 87, n° 9.

⁴¹⁴ V. notamment in La procédure de sauvegarde, JCP E 2006. 2437, et in Litec, coll. Colloques et débats, n° 5, 2007, p. 27.

⁴¹⁵ Sur cette question, voir Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, Litec, 2e éd., 2007, n° 373 ; MOUIAL-BASSILANA, L'articulation de la période suspecte et des différentes procédures après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, D. 2006. Chron. 1959, nos 25 et s.; voir aussi, plus généralement, MASTRULLO, La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, Rev. proc. coll., avr.-juin 2008, p. 41.

défaillance de l'entreprise, notamment le débiteur, ses créanciers⁴¹⁶ (chirographaires, privilégiés, fiscaux, organismes sociaux), ses salariés.

Elle est également une procédure judiciaire car malgré la création, sous certaines conditions, de comités catégoriels de créanciers en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, avec lesquels le débiteur discute, le pouvoir judiciaire est omniprésent et dispose de prérogatives très importantes qui ne cessent de s'accroître (en particulier, le contrôle du ministère public, renforcé par l'ordonnance de 2008).

Il s'agit d'une procédure animée par divers organes. Sont désignés par le tribunal, selon le cas, un juge-commissaire, un administrateur judiciaire, un mandataire judiciaire, un liquidateur judiciaire. Un représentant des salariés est élu par les salariés de l'entreprise. Une procédure dotée d'un véritable volet social. La loi reconnaît un droit d'intervention des salariés dans la procédure. Un organe propre les représente.

Enfin, des mesures existent concernant la protection de l'emploi et la garantie des créances salariales. Le législateur s'est refusé, en 2005 comme en 2008, à étendre à la sauvegarde la procédure de licenciement simplifié applicable en cas de redressement judiciaire.

L'objet de la période d'observation, dont la durée est dix-huit mois maximum, est de réorganiser l'entreprise, rechercher et préparer des solutions, en particulier un accord avec les créanciers permettant l'arrêt d'un plan de sauvegarde ; établir d'un bilan économique et social. Des mesures conservatoires peuvent être prises.

À la différence du redressement judiciaire, la procédure de sauvegarde ne peut, normalement, en tant que telle, qu'aboutir à un plan de continuation, appelé plan de sauvegarde.

Cette continuation peut toutefois être assortie d'une cession partielle.

352. L'absence de confidentialité. Bien qu'elle reste une procédure judiciaire de prévention, contrairement au mandat *ad hoc*, la confidentialité est inexistante une

⁴¹⁶ POLLAUD-DULIAN, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, JCP G 1998, I, n° 138 ; DELMOTTE, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives, Rapport de la Cour de cassation, 2003 ; NEMEDEU, Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle, RTD com. 2008. 241.

fois la procédure prononcée. Les créanciers doivent déclarer leur créance dans les deux mois de la publication.

Les débats devant le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance ont lieu en chambre du conseil, hors la présence du public.

S'agissant de l'ouverture de la procédure, sont entendus ou dûment appelés, le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

Le tribunal peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Chacun des participants est entendu et peut conclure. Le caractère contradictoire doit être scrupuleusement respecté.

Néanmoins, en vertu de l'article L. 662-3 du code de commerce, la publicité des débats est de droit après l'ouverture de la procédure si le débiteur, le mandataire judiciaire, l'administrateur, le liquidateur, le représentant des salariés ou le ministère public en font la demande.

Le président du tribunal peut décider qu'ils auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Cette règle constitue une des innovations procédurales les plus remarquables de la réforme.

À cet égard, l'article L. 662-3 ne fait que reprendre l'article 435 du code de procédure civile. À la différence duquel, toutefois, il ne précise pas que le juge peut opter pour le retour en chambre du conseil « *si toutes les parties le demandent* ».

Par application de l'article 446 du code de procédure civile, la nullité pour inobservation des règles relatives à la publicité des débats doit être invoquée avant la clôture des débats ; elle ne peut pas être relevée d'office.

L'audience en chambre du conseil ne concerne que les débats au sens strict, ce qui n'interdit donc pas la pratique consulaire consistant à ce que la « *mise en état* » se fasse en audience publique jusqu'à ce que l'affaire soit en état d'être plaidée en chambre du conseil⁴¹⁷.

⁴¹⁷ C. BIGOT, Quelques aspects procéduraires de la loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal. 5-6 avr. 2006, p. 2.

353. Un Ministère public très présent. Contrairement à la procédure du mandat *ad hoc* également, le rôle du ministère public est important.

En application de l'article 425 du code de procédure civile, le ministère public doit, de manière générale, avoir communication des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ainsi que des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions de gérer.

Cela vise à contrôler, par la présence notamment du ministère public, les circonstances des ouvertures de procédure de sauvegarde consécutives au recours à un mandat *ad hoc* ou une procédure de conciliation qui a échoué.

Ainsi, dès lors qu'un mandat *ad hoc* ou une procédure de conciliation est en cours au jour de la demande d'ouverture ou que le débiteur a bénéficié d'un tel mandat ou d'une conciliation dans les dix-huit mois précédents, l'ouverture de la sauvegarde doit être examinée en présence du ministère public.

Dans ce cas, le tribunal peut, d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat *ad hoc* ou à la conciliation, malgré l'obligation de confidentialité dont est tenue toute personne appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc*.

La véritable légitimité de la sauvegarde réside dans la contractualisation du plan élaboré et approuvé par une forte majorité des créanciers, étant entendu que, de toute manière, l'arrêté du plan adopté par les comités suppose la vérification, par le tribunal, de la protection suffisante des intérêts de tous les créanciers⁴¹⁸. Cette procédure reste cependant très réglementée.

Au contraire, la procédure de mandat *ad hoc* n'impose aucun accord au créancier récalcitrant. N'étant pas homologué, le juge n'intervient pas à ce stade de la procédure.

⁴¹⁸ R. DAMMANN ET M. ROBINET, La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ?, Bull. Joly 2009. 1116.

Conclusion de la deuxième partie

354. Le mandat *ad hoc* se distingue des autres techniques de prévention par sa grande souplesse qui le rend applicable à une grande diversité de situations.

Il se caractérise également par sa confidentialité : toute personne qui est appelée à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a eu connaissance est tenu à la confidentialité. La demande d'un mandat *ad hoc* est facultative et laissée à la seule initiative du chef d'entreprise.

La principale innovation de l'ordonnance de 2008 est de reconnaître au débiteur la faculté de proposer la désignation d'une personne de son choix, comme cela est déjà possible en matière de conciliation. Il s'agit de la consécration d'une pratique qui rassure le dirigeant et implique davantage dans le traitement de ces difficultés.

355. Le mandat *ad hoc* peut aboutir à la signature d'un accord entre l'entreprise et des créanciers qui ont accepté de participer à la procédure amiable. L'accord ne produit alors ses effets qu'à l'égard des signataires. L'accord ne fait l'objet d'aucune homologation ni publication.

Des solutions peuvent avoir été dégagées, mais non mises en place en raison ou bien du délai imparti par le président du tribunal ou bien de l'évolution de la situation. C'est pourquoi certains présidents de tribunaux commencent par désigner un mandataire *ad hoc* avant de lui confier des fonctions de conciliateur ou d'administrateurs judiciaires dans le cadre d'une sauvegarde.

Enfin, la négociation peut ne pas aboutir. Si l'entreprise est en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, il appartient au débiteur de régulariser par une déclaration de cessation des paiements.

356. Le mandataire *ad hoc* en matière de copropriété et d'entreprises en difficultés joue un rôle important d'analyse de la situation financière et de négociation. La procédure de désignation est encadrée par la loi. Des évolutions dans les deux domaines respectifs sont en cours de réflexion.

357. Projet de réforme en matière de copropriété. La ministre de l'égalité des territoires et du logement a présenté un projet de loi pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové (ALUR) au Conseil des ministres du 26 juin 2013. L'article 26 du projet prévoit la modification de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis afin d'améliorer la gouvernance et la gestion de la copropriété et de prévenir son endettement.

Les propositions de réforme⁴¹⁹ du mandat *ad hoc* sont les suivantes :

Pour les copropriétés de plus de 200 lots, le pourcentage des impayés déclenchant la saisine en vue de la nomination d'un mandataire *ad hoc* est abaissé à 15 % .

La qualité pour saisir le juge a été élargie. Ainsi, en l'absence d'action du syndic dans un délai d'un mois à compter de la clôture des comptes, le juge peut être saisi d'une demande par le représentant de l'État dans le département ou le procureur de la République près le tribunal de grande instance, le maire de la commune du lieu de situation de l'immeuble ou le président de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'habitat du lieu de situation de l'immeuble.

Le mandataire *ad hoc* se verrait aussi doté des moyens de réaliser au mieux sa mission. À cet égard, le syndic est tenu de fournir au mandataire *ad hoc* tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission dans un délai de quinze jours suivant sa nomination. Le mandataire *ad hoc* pourrait saisir le juge des difficultés dans l'exercice de sa mission et obtenir de l'autorité publique compétente les pièces relatives aux procédures de police engagées à l'encontre du syndicat.

Pour exercer les fonctions prévues par l'article 29-1 A de la loi de 1965, le juge pourrait désigner un administrateur judiciaire inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires mentionnée à l'article L. 811-2 du Code de commerce. Le juge pourrait également désigner une personne physique ou morale justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant des conditions définies ultérieurement par décret.

⁴¹⁹ Responsable d'atelier J.-M. ROUX, « Le droit des copropriétés en difficulté : constats et évolutions », BJE, 01 sept. 2013 n° 5, P. 336.

Un régime d'incompatibilités a aussi été envisagé. Les mandataires *ad hoc* désignés ne devraient pas, au cours des cinq années précédentes, notamment avoir perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rétribution ou un paiement de la part du syndic, du syndicat des copropriétaires ou des créanciers à l'origine de la procédure, ni d'une personne qui détient le contrôle du syndic ou d'un de ses créanciers au sens des II et III de l'article L. 233-16 du Code de commerce ou s'être trouvés en situation de conseil du syndic, du syndicat des copropriétaires ou des créanciers concernés ou de subordination par rapport à eux.

Ce projet de loi a donc pour objet d'anticiper les difficultés et rendre plus efficace l'intervention du mandataire *ad hoc* des copropriétés.

358. Projet de réforme en matière d'entreprises en difficultés. L'ouverture d'un mandat *ad hoc* permet de réunir en urgence les banques et de leur demander de « *geler* » leurs concours et de suspendre toute exigibilité pendant le temps de l'audit et des négociations.

Dans la grande majorité des cas, elles acceptent de le faire, pour autant que la situation ne soit pas trop dégradée et qu'il y ait un potentiel de remboursement qui doit être vérifié et validé.

Après un rapport parlementaire du 24 avril 2013 sur la réforme des tribunaux de commerce, un rapport de synthèse a été établi par la Chancellerie, notamment pour faire le point sur les pistes retenues sur la réforme de la prévention des entreprises en difficulté.

Ce rapport a préconisé une dynamique positive en imposant à l'entreprise de justifier qu'elle dispose du temps nécessaire à l'organisation de la prévention, c'est-à-dire en moyenne trois mois (parfois un délai plus bref sera nécessaire, mais c'est exceptionnel).

Pour cela, l'entreprise doit justifier qu'elle dispose d'une capacité de redressement en produisant des éléments comptables récents et en expliquant sa situation dans l'hypothèse la plus fréquente d'un gel de son passif bancaire.

Le gel du passif concernant certains fournisseurs est beaucoup plus difficile à obtenir, mais il n'est pas impossible d'y parvenir et en pratique, les fournisseurs comprenant que leur intérêt n'est pas de provoquer un dépôt de bilan, qui limiterait leurs espoirs de remboursement.

C'est donc au cas par cas qu'il faut procéder à un examen, et sur la capacité de l'entreprise de justifier d'une possibilité plausible de redressement.

De surcroît, ce type d'analyse pourrait provoquer un plus grand engouement pour la prévention et motiverait les dirigeants qui seraient ainsi incités à la réclamer plus tôt, dès la survenance de leurs difficultés, afin de faciliter une négociation au moment opportun sur un critère positif constitué par la capacité de redressement de l'entreprise.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La finalité sous-jacente de cette étude sur la notion de mandat *ad hoc* était, sinon de tenter de dégager un régime unitaire de cette pratique, du moins d'en faire apparaître les points convergents là où elle est utilisée.

Pour ce faire, et sans prétendre à l'exhaustivité, la nécessité est apparue de répertorier les hypothèses - jurisprudentielles ou légales - où une telle nomination est réalisée.

Il en ressort que les tribunaux en sont assez friands et qu'une telle pratique demeure assez fréquente ce, dans des hypothèses toutefois assez disparates.

Bien que des différences de terminologie ont pu être constatées, il apparaît que le recours au mandataire *ad hoc* est utilisé dans principalement trois cas : en présence d'un conflit d'intérêts, ou bien encore lorsqu'une personne n'a pas de représentant attribué alors qu'elle ne peut manifester sa volonté, ou bien enfin, en cas de perte de crédibilité d'une personne à l'égard de ses partenaires commerciaux.

- **Un conflit d'intérêts** : L'opportunité de la nomination d'un mandataire *ad hoc*, apparaît tout d'abord en présence d'un conflit d'intérêts⁴²⁰, d'une opposition d'intérêts⁴²¹ ou de toute situation de blocage. En cette occurrence, il peut être distingué deux hypothèses.

La première résulte d'un besoin de représentation d'une personne lorsque l'expression initiale de sa volonté est à l'origine d'une situation de blocage. Tel est le cas en droit des sociétés en présence de la constatation d'un abus dérivant de l'application des règles démocratiques du fonctionnement de la personne morale. Ainsi en cas d'abus de minorité ou d'égalité⁴²² résultant d'un vote à des fins égoïstes contraire à l'intérêt social, le mandataire *ad hoc* représentera le fautif lors du vote subséquent à celui qui a été annulé.

La seconde apparaît lorsqu'il existe un inévitable conflit d'intérêts entre une personne et son représentant, notamment son représentant légal. Ainsi à chaque fois que l'intérêt d'un mineur diverge de celui de ses représentants légaux, il sera

⁴²⁰ V. supra p. 51

⁴²¹ V. supra p. 53

⁴²² V. supra p. 82

indispensable, en vue de la préservation de son propre intérêt, de faire nommer une personne qui le représentera dans son action en justice⁴²³.

- **L'absence de représentant** : L'indispensable recours à la nomination d'un mandataire *ad hoc* apparaît ensuite lorsqu'une personne a besoin d'être représenté alors même qu'il n'a plus de représentant, ou lorsque celui-ci est introuvable. Le cas du mineur étranger en situation irrégulière sur le territoire français en est une bonne illustration, tout comme celui de la représentation d'une société dont la liquidation amiable a été clôturée à tort et qu'il faut pourtant représenter derechef pour qu'elle puisse être l'objet d'action en justice⁴²⁴.

- **Une perte de confiance** : La nomination d'un mandat *ad hoc* intervient enfin de manière plus récente, mais avec une acuité particulière, dans des hypothèses de crise où une perte de confiance a pu être constatée, sans que l'on puisse toutefois identifier une situation de blocage insoluble. Le représentant nommé tentera alors de négocier, dans une atmosphère ainsi purifiée, avec les différents protagonistes dans l'espoir de trouver une solution acceptée. L'exemple le plus topique est celui du mandataire *ad hoc*, dont la nomination est une simple faculté - mais une aubaine - offerte au débiteur. Ce mandataire sera la personne idoine pour parvenir à résoudre les difficultés, principalement financières, rencontrées par la personne éligible aux procédures collectives. En droit de la copropriété, l'essence de la nomination du mandataire *ad hoc* est du même acabit, même si sa nomination est, cette fois, impérative⁴²⁵.

De toutes ces diverses hypothèses, il en ressort que la nomination d'un mandataire *ad hoc* devient prégnante en cas de crise, qu'elle soit financière ou relationnelle.

⁴²³ V. supra p. 51 et p. 53, tel est aussi le cas lorsqu'un représentant, le tuteur ou le subrogé tuteur est en conflit d'intérêts avec la personne qu'il représente, V. supra. P. 61.

⁴²⁴ Il semble que l'on puisse faire rentrer dans cette catégorie l'institution récente et très particulière du mandat à titre posthume, où le mandant - le de cuius - n'est pas, par essence, à même de vérifier post mortem la bonne exécution des directives qu'il a données.

⁴²⁵ V. supra p. 212

Il a pu être dégagé de cette constatation plusieurs constats. La nomination d'un mandataire *ad hoc*, pour être efficace, doit résulter d'une procédure nécessairement très rapidement menée.

De plus il est impératif que la personne nommée inspire confiance à tous les protagonistes : une sorte d'expert, neutre, eu égard aux difficultés rencontrées. C'est la raison pour laquelle, là où le choix du mandataire *ad hoc* est réglementé, le mandataire *ad hoc* sera choisi sur une liste préétablie⁴²⁶.

Mais l'impartialité indispensable du représentant est aussi assurée par l'instauration d'incompatibilités⁴²⁷ - notamment dans l'hypothèse du mandataire *ad hoc* nommé pour résoudre les difficultés financières -, incompatibilités que certains jugent d'ailleurs trop poussées⁴²⁸. Cet excès éventuel de réglementation témoigne néanmoins de la volonté du législateur d'instaurer un climat de confiance indispensable à la résolution d'une situation de crise.

Enfin, et corollairement, la rémunération du mandataire *ad hoc* est à présent encadrée avec une grande précision par le code de commerce lorsque le débiteur est en difficultés financières⁴²⁹. En revanche, dans les autres hypothèses, la fixation de la rétribution semble laissée à la volonté des parties⁴³⁰. Sur ce point, il serait peut-être envisageable, d'établir de manière générale que le coût de la mission soit fixé en accord avec le représenté.

Vers un régime unitaire ?

Un mandataire *ad hoc* est nommé dans des situations particulières, assez hétérogènes, dont le point de convergence semble être l'existence d'une crise ou d'un conflit à résoudre. Ce dénominateur commun a permis de faire ressortir quelques règles, d'inspirations similaires. Elles pourraient être le prélude à un statut général du mandataire *ad hoc*.

⁴²⁶ V. supra p.144 et p. 198

⁴²⁷ V. supra p.201

⁴²⁸ V. supra p. 252 : Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit les critères de fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc* en matière de copropriété.

⁴²⁹ V. supra p.205

⁴³⁰ V. supra p. 125, 135 et 162

Ce dernier, véritable "*pompier de service*" intervient, sur autorisation judiciaire, afin de résoudre une crise, en toute impartialité, avec une mission nécessairement ponctuelle, dont la durée peut diverger cependant⁴³¹.

Il en ressort aussi que l'administrateur *ad hoc* n'est jamais nommé pour gérer les biens du représenté. La différence est donc très nette avec l'administrateur provisoire en droit des sociétés. Il pourrait ainsi être proposé, pour une plus grande clarté de substituer à l'appellation "administrateur *ad hoc*", que l'on rencontre souvent, celle plus juste et moins équivoque de mandataire *ad hoc* dans les différents cas légaux où elle est utilisée⁴³².

Notre droit en gagnerait en lisibilité ou, selon des termes plus modernes, une telle substitution concourrait à la simplification de celui-ci.

⁴³¹ La mission du mandataire *ad hoc* (livre VI), à titre d'exemple n'est pas limitée dans le temps. En revanche le mandataire posthume est nommé pour une durée de deux ans ou cinq ans.

⁴³² V. supra p. 148

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

ANTONMATTEI (P.-H.) ET RAYNARD (J.)

- Droit civil. Contrats spéciaux : *Litec*, 6^e éd. 2008; *LexisNexis* avril 2013.

BÉNABENT (A.),

- Les contrats spéciaux civils et commerciaux : *Domat-Montchrestien*, 9^o éd. 2011

COLLART-DUTILLEUL (F.) ET DELEBECQUE (PH.),

- Contrats civils et commerciaux : Dalloz, coll. Précis, 7^e éd. 2007 n° 630, p. 525.
– J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux* : LGDJ, 3^e éd. 2012.

COURET (A.), LARRIEU (J.), MACORIG-VENIER (F.), MASCALA (C.), MONSÉRIÉ (M.-H.) et SAINT ALARY-HOUIN (C.),

- La réforme du droit des entreprises en difficulté, 1995, Montchrestien.

COURET (A.)

- Les conflits d'intérêts : une question majeure pour le droit des affaires du XXI^e siècle, 30^e colloque de Deauville, 1^{er} et 2avr. 2006 (RJC, 2006, Hors série)

DIDIER (Ph.),

- De la représentation en droit privé : LGDJ, t. 339, préf. Y. Lequette, 2000, n° 226 et s., p. 174 et s. -

DISSAUX (N.),

- Le mandat. Un contrat en crise ?, 2011, *Economica*, p. 49 s.

GOUTTENOIRE (A.) et BONFILS (P),

- Droit des mineurs : Dalloz, coll. Précis, 2008

JACQUEMONT (A.),

- Droit des entreprises en difficulté, 8^e éd., mai 2013, *LexisNexis*.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.),

- Droit commercial, Entreprises en difficulté, 7^e éd., 2007, coll. Précis, Dalloz.

LE CORRE (P.-M.),

- Dalloz action Droit et pratique des procédures collectives, 2013-2014.

MAGNIER (V.),

- Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre? (PUF, coll. Ceprisca, 2006)

MALAURIE (Ph),

- Le mandat en droit des personnes, in DISSAUX (dir.), Le mandat, un contrat en crise ?, 2011, coll. Études juridiques, Economica, p. 115
- Cours de droit civil. Tome VIII, Les contrats spéciaux, civils et vente, mandat, bail, contrat d'entreprise, échange, location-vente, crédit-bail, contrats de distribution, dépôt, prêts, jeu et pari, rente viagère, transaction, clause compromissoire, compromis, 10^e éd. Paris, Cujas. 1996

MALAURIE (Ph), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.),

- *Les contrats spéciaux* : Defrénois, 4^e éd. 2009

MALLET-BRICOUT (B.),

- La substitution de mandataire, 2000, éd. Panthéon-Assas, éd. LGDJ 1998.

HIRSCH (M.),

- Pour en finir avec les conflits d'intérêts : Stock, coll. Parti pris, 2010, 160 p.

PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.),

- Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement, 9^e éd., 2011, LGDJ.

PÉTEL (Ph.),

- Les obligations du mandataire, préf. CABRILLAC, 1988, Litec ; Le contrat de mandat, 1994, Dalloz.

POPOVICI (A.),

- La couleur du mandat, 1995, Québec, éd. Thémis.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- Droit des entreprises en difficulté, 7^e éd., 2013, Montchrestien.

STORCK (M.),

- Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, préf. HUET-WEILLER, 1982, LGDJ.

ZEIDENBERG (S.),

- Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts : RRJ 2003, p. 631.

THESES

DAVID (J.),

- La solution aux conflits d'intérêts nés des conventions conclues par les sociétés commerciales, th. dactyl., Poitiers, 1967

GIVERDON (V.),

- L'évolution du contrat de mandat, thèse dactyl., Paris, 1947

LARROUMET (C.),

- Les opérations juridiques à trois personnes, thèse dactyl., Bordeaux, 1968

NAJJAR (I.),

- Mandat post mortem et libéralités par dons manuels et comptes bancaires, Mélanges Raynaud, 1985, Dalloz

PETEL (Ph.),

- Les obligations du mandataire, thèse, Montpellier : Litec, t. 20, 1988, n° 196 et s., p. 128 et s.

RAMBURE-BARATHON (D.),

- Le mandat, accessoire d'une opération juridique complexe, thèse dactyl., Paris I, 1981

SCHWARTZ (TH.),

- La gestion du fonds de commerce indivis, thèse dactyl., Dijon 2009.

ARTICLES

ARMAND-PRÉVOST (M.),

- La défaillance d'une entreprise en France : l'approche amiable, les objectifs, les acteurs, RJ com. 1999. 151

BADILLET (J.),

- Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises, mandat *ad hoc* et conciliation, Gaz. Pal. 12 mai 2011, p. 7

BARBIÈRI (J.-F.),

- Le choix des techniques de traitements des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires, revue procédure collective 2005.346

BEAUBRUN (M.),

- Mélanges Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 1 (nouvel ordre public successoral)

BOLARD (G.),

- Administration provisoire et mandat *ad hoc*, du fait au droit, JCP 1995. I. 3882.

BRUGGEMAN (M.),

- Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation, Dr. fam. 2006, étude 28.

CHAPUT (Y.),

- La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, JCP E 1994. I. 381
- Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives, JCP 2005. I. 184
- Le règlement amiable. À propos de la loi no 84-148 du 1^{er} mars 1984 et du décret no 85-295 du 1^{er} mars 1985, JCP E 1985. II. 14455
- Règlement amiable et cessation des paiements. Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises, no spécial RTD com. 1986. 24
- La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, JCP E 1994. I. 381
- Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, in La réforme du droit des entreprises en difficulté, LPA 14 sept. 1994, p. 34.

CHARLET (J.),

- Le rôle de la Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage en matière de traitement des difficultés des entreprises, LPA 22 avril 2010, p. 45

COURET (A.),

- Banques d'affaires, analystes et conflits d'intérêts, Dalloz, 2004. 335, spéc. n° 5

COUZIGOU-SUHAS (N.),

- Le mandat de protection future, Defrénois 2006. 663.

CROZE (H.),

- Loi de sauvegarde des entreprises – Mandat *ad hoc* et procédure de conciliation, Procédures nov. 2005, p. 6.

CUIF (P.-F.),

- Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé : RTD com. 2005, p. 1

DELATTRE (Ch.),

- Prévention : amélioration de la conciliation, in Réforme des procédures collectives : ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008, Rev. proc. coll. janv.-févr. 2009. 37.
- La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal, Rev. proc. coll. 2010. 21.
- L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires, Rev. proc. coll. 2009. Etudes 11

DELOUIS (E.),

- Le mandat de protection future : le point sur la mise en oeuvre d'un contrat très attendu, LPA n° 220, 4 nov. 2010, p. 25

DRUMMEN (J.-B.),

- L'intervention du juge de la prévention, in Entreprises en difficulté : terre de conflits, synthèse des intérêts contraires, Gaz. Pal. 26 juin 2008, p. 34
- Gaz. proc. coll. 2008-4. 32

ESCHYLLE (J.-F.),

- Administrateur *ad hoc*, Mélanges Gebler, PU Nancy, 1998, p. 153.

FENOUILLET

- Le mandat de protection future ou la double illusion, Defrénois 2009, art. 38882.

FRANK (A.),

- La survivance du mandat post mortem, Rev. Administrer 1991/224, 2.

FULCHIRON (H.),

- Le notaire et l'exécution du mandat de protection future, Defrénois 2009, art. 38883

GAUTIER (P.-Y.),

- Du conflit d'intérêts de l'avocat : existence et sanctions d'une obligation de s'abstenir: RTD civ. 2011, p. 366.

GOUTTENOIRE-CORNUT (A.),

- L'administrateur « *ad hoc* » dans le cadre de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, Petites affiches 3 mai 1995, p. 87.

GHALIMI (N.),

- Désignation des organes de la procédure : portée de la faculté d'opposition du ministère public, Rev. proc. coll. 2011. Etudes 13

GHELFI-TASTEVIN (F.),

- L'administrateur « *ad hoc* » du mineur : une promotion inachevée, Petites affiches 13 mars 1998, p. 4.

GRIMALDI (M.),

- Le mandat à effet posthume, Défrénois 2007. 3.

HENRY (L.-C.),

- Mandat *ad hoc* et conciliation, in Réforme du droit des entreprises en difficulté, Dict. perm., n° spéc. 302-1, mars 2009

JADAUD (B.),

- Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad hoc*, in Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique, 1999, Dalloz. 411

JOURDAIN-THOMAS (P.),

- Le mandat de protection future : aspects pratiques et sociétés, JCP N 2011. 1317

KLEIN (J.),

- Le mandat de protection future ou la protection juridique conventionnelle, Dr. fam. 2007, no 21 ; Le mandat de protection future enfin opérationnel, AJ fam. 2009. 56
- Le mandat de protection future : Le point de vue d'un notaire, AJ fam. 2011. 182

LEQUILLERIER (C.),

- Le mandat de protection future et la personne de confiance : vers une consécration d'un consentement substitué en matière médicale ?, Gaz. Pal. 7 juin 2007. 32.

LE TOURNEAU (P.),

- De l'évolution du mandat, D. 1992. Chron. 157

LEVENEUR (L.),

- Intérêts et limites du mandat de protection future, in Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois, 2012, Defrénois-Lextenso, p. 571.

LIENHARD (A.),

- Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation du décret du 12 février 2009, D. 2009. Chron. 420

MACORIG-VENIER (F.) et CAVIGLIOLI (C.)

- Le point sur la conciliation in Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde, Rev. proc. coll. avr.-mai-juin 2008. 78.

MARCHI (J.-P.),

- Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire *ad hoc*, Gaz. Pal. 1983. 1. Doctr. 123

MASSIP (J.),

- Le mandat de protection future, LPA no 129, 27 juin 2008, p. 11 s.
- Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs : Defrénois, 2009, n° 29, p. 31 et s.

MATTARELLA (B.),

- Le régime juridique du conflit d'intérêts. Eléments comparés : RF adm. publ. 2010, p.643

MEKKI (M.),

- Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir : JCP G 2011, act. 669, Aperçu rapide

MODAT (Ph.),

- Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi, Rev. proc. coll. mars-avril 2011. 28

MONTERAN (Th.),

- La réforme de la prévention des difficultés, D. 2009. Chron. 639

MORET-BAILLY (J.),

- Définir les conflits d'intérêts : D. 2011, p. 1100.

NEIRINCK (N.),

- De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur, JCP 1991. I. 3496.

PELLIER (J.-D.),

- Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, LPA, 25 avr. 2007. 4.

PENNEAU (A.),

- L'expertise, l'impartialité et le conflit d'intérêts, Dalloz, 2003. 2260

PETEL (P.)

- Le contrat de mandat, Dalloz, 1994, p. 123 s.
- Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JCP E 2009. 1049, n° 6 à n° 12

PICARD (H.),

- Un mandat *ad hoc* confirmé et une procédure de conciliation améliorée, 1^{re} table ronde, LPA 16 mars 2006, no 54, p. 10.
- Le mandat *ad hoc* : un instrument à redécouvrir, in Échanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la Côte-d'Or à la Côte d'Azur, LPA 14 juin 2007, no 119, p. 7

POULIQUEN (E.),

- Limites aux pouvoirs du mandataire posthume, Revue Lamy droit civil, n°72, juin 2010, Actualités, n°3859, p. 52-53, note à propos de 1^{ère} Civ. - 12 mai 2010.

ROHART-MESSAGER (I.),

- L'amélioration de la prévention, Gaz. Pal. 2009, n° 66, p. 5

RONTCHEVSKY (N.)

- Brèves observations sur le conflit d'intérêts dans le projet de réforme du droit des contrats : Bull. Joly Bourse 2008, n° spécial, p. 610 et s

ROUSSEL-GALLE (Ph.),

- Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté : LPA 2008, n° 257, p. 3
- Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, Revue des sociétés, fév. 2009
- Bref aperçu sur les nouvelles procédures de conciliation et de sauvegarde (Loi de sauvegarde des entreprises, n° 2005-845, du 26 juillet 2005) : Dr. et proc. 5/2005, p. 260
- Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat *ad hoc* et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005, colloque Paris, 30 janv. 2006 : LPA 12 juill. 2006, n° 138, p. 10
- Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises, Entretiens de la sauvegarde, Paris, 29 janv. 2007 : Dict. perm. Difficultés des entreprises févr. 2007, bull. 279, p. 4664

ROUSSEL-GALLE (Ph.) et SENECHAL (J.-P),

- Créancier d'une entreprise en difficulté, une situation moins inconfortable ? in La loi de sauvegarde : bilan d'étape, Cah. dr. entr. n° 2, mars 2007, dossier 8.

SAGAUT (J.-F.),

- Et si le mandat de protection future intégrait le régime primaire en devenant un effet du mariage ? in Mélanges en l'honneur du professeur G. Champenois, 2012, Defrénois-Lextenso, p. 745.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies, Rev. proc. coll., mars 2007. 13
- La procédure de conciliation, Rev. proc. coll. 2006. 169.

SCHMIDT (D.),

- Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly éditions, rééd. 2004

SERLOOTEN (P.),

- Remises des dettes par les créanciers publics : une libération efficace ? Rev. proc. coll. mai-juin 2009. 11.

SOINNE (B.),

- Réflexion sur le rapport d'information relatif à la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, Rev. proc. coll. 2007. 74.

STAES (O.),

- Aspects de procédure et voies de recours, in Réforme des procédures collectives : ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008, Rev. proc. coll. janv.-févr. 2009. 44.

TAUDIN (L.),

- Mandat de protection future, itinéraire sinueux d'une représentation, JCP N 2009. 1357.

TEXIER (A.-S.) ET RUSSO (E.),

- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », LPA 2 mars 2009, p. 3.

VALDMAN (D.),

- Quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises ? Choix stratégiques, Gaz. Pal. 24 janv. 2008, p. 14.

VALLANSAN (J.),

- La conciliation : rapidité, souplesse et confidentialité, LPA 14 juin 2007, no 119, p. 9.

VALLENS (J.-L.),

- Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de prévention-détection ? D. 2010. 1723

VALLIOT (R.),

- La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire, mandataire *ad hoc* et conciliateur, JCP E 2005. 1515

VAREILLE (B.),

- Le mandat à effet posthume, LPA, 28 juin 2007. 16.

VIATTE (J.),

- Le mandat « ad litem », Gaz. Pal. 1976. 1. Doctr. 392.

VIGNERON (V.-G.) ET ROUX (J.-M.),

- Droit de la copropriété après la loi du 25 mars 2009 : Loyers et copr. 2009, étude 6

VINCKEL (F.),

- L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques, LPA 12 juin 2006, n° 116, p. 7.

INDEX ALPHABÉTIQUE

— A —

Action *ut singuli*, 129

Administrateur,

— *ad hoc*, 22, 55, 60, 77

— judiciaire, 15, 169, 242, 247

— légal, 61, 173, 178, 190, 221

Administration provisoire, 17, 32, 214, 272, 302, 349

Assistance éducative, 28, 84, 196

— C —

Cessation des paiements, 18, 287

Copropriétés, 31, 241, 262, 272, 305, 364

Conciliation, 125, 239, 273, 290

Confidentialité, 18, 105, 126, 236, 245

Conflit d'intérêts, 22, 41, 50, 75, 99

Conventions réglementées, 53, 118

Créanciers, 34, 40, 135, 145, 165

— D —

Déontologie, 47, 49, 50

Dépôt des comptes, 19, 131, 133

— H —

Héritier, 36, 141, 149, 152

— I —

Incompatibilité, 18, 49, 220

Indépendance, 52, 55, 319

Indivision, 40, 66, 154, 155

Injonction, 19, 105, 130, 171

— J —

Juge consulaire, 250

— L —

Liquidation amiable, 41, 135, 140

Liquidation judiciaire, 142, 273, 286

— M —

Mandat,

— conventionnel, 12, 152, 161, 216

— de protection future, 140, 149, 153

— posthume, 146, 149, 153

— successoral, 152, 157, 159

Mandataire,

Mineur étranger, 158, 173, 176, 194

Ministère public, 162, 171, 179, 245

— N —

Négociation, 236, 241

— P —

Prévention, 193, 235, 238

— R —

Redressement judiciaire, 292, 312, 329, 330

Référé, 160, 212, 279, 280

Rémunération, 9, 10, 212, 244, 254

Représentation

— **ad hoc**, 85, 174, 189

— **judiciaire**, 40, 190

— **légal**, 40, 148, 221

Responsabilité

— **civil**, 251, 261, 339

— **pénal**, 129

— **S** —

Secret professionnel, 339

Syndic, 267, 278, 306, 309

— **T** —

Tuteur, 12, 25, 46, 55

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	8
Liste des abréviations.....	9
INTRODUCTION	10
PREMIÈRE PARTIE. LE MANDATAIRE AD HOC, UN RÔLE DE REPRÉSENTATION.....	39
TITRE I. LES CONDITIONS D'INTERVENTION DU MANDATAIRE AD HOC.....	43
Chapitre I. Les conditions d'intervention du mandataire <i>ad hoc</i> en droit des mineurs ou majeurs protégés	51
Section I. Les causes objectives du conflit d'intérêts	53
§1. Le Conflit d'intérêts en droit des mineurs.....	54
A. L'appréciation souveraine du conflit d'intérêts.....	54
B. Le mineur partie ou non à la procédure.....	59
§2. Le conflit d'intérêts en droit des majeurs protégés ou assistés.....	61
Section II. Les causes subjectives du conflit d'intérêts.....	64
§1. L'application aux procédures civiles.....	65
A. Le domaine spécifique des actions en justice.....	66
B. L'application particulière aux actions relatives à la filiation de l'enfant	67
§2. La particularité en matière pénale.....	70
§3. L' application aux procédures administratives.....	72
Chapitre II. Les conditions d'intervention du mandataire <i>ad hoc</i> en droit des sociétés	76
Section I. L'existence d'un conflit d'intérêts.....	81
§1. Un conflit entre associés	81
A. La qualification et sanction de l'abus de minorité	82
1. La qualification de l'abus.....	82
a. L'abus de majorité	84
b. L'abus de minorité ou d'égalité	89
2. La nomination d'un mandataire <i>ad hoc</i> comme remède à l'abus.....	94
B. Le conflit d'intérêts entre la personne morale et ses représentants légaux.....	99
§2. Le refus du dirigeant de déposer ses comptes	101
Section II. La représentation en cas de liquidation judiciaire ou amiable.....	105
§1. la représentation d'une société liquidée.....	106
§2. Le dessaisissement du débiteur, liquidateur judiciaire et la nomination d'un mandataire <i>ad hoc</i>	111
TITRE II. LES DIFFERENTS STATUTS DU MANDATAIRE AD HOC	115
Chapitre I. La désignation par le juge d'un mandataire <i>ad hoc</i>	120
Section I. Le mandat judiciaire successoral	125
§1. La désignation du mandataire.....	128
§2. La mission du mandataire.....	131
Section II. L'administrateur <i>ad hoc</i> dans le droit des mineurs	135
§ 1. Le cadre juridique de la désignation de l'administrateur <i>ad hoc</i>	135
A. Les divers fondements juridiques de la désignation.....	136
B. La désignation de l'administrateur <i>ad hoc</i>	139
1. Les personnes habilitées à demander la désignation	139
2. Le choix de l'administrateur <i>ad hoc</i>	144

§ 2. Les missions de l'administrateur <i>ad hoc</i>	148
A. La représentation du mineur et son accompagnement.....	149
B. Un mandat variable.....	155
Chapitre II. La désignation par contrat du mandataire <i>ad hoc</i>.....	160
Section I. Le régime juridique du mandat à effet posthume	162
§1. La désignation du mandataire posthume	163
A. L'opportunité de la désignation d'un mandataire posthume.....	163
B. Le choix du mandataire posthume.....	167
§2. La mission du mandataire posthume	170
A. L'étendue du mandat posthume	170
B. Les difficultés relatives à l'étendue du mandat.....	174
Section II. les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille.....	179
A. La représentation conventionnelle confrontée à la disparition de la volonté en droit de la famille	180
B. La survie fictive de la volonté disparue opérée par la représentation conventionnelle en droit de la famille	182
DEUXIÈME PARTIE. LE MANDATAIRE <i>AD HOC</i>, UN RÔLE DE NÉGOCIATION	187
TITRE I. LE RÔLE DE NÉGOCIATION DU MANDATAIRE <i>AD HOC</i>	192
Chapitre I. Le choix du mandataire <i>ad hoc</i>	195
Section I. La nomination d'un mandataire <i>ad hoc</i>	197
§ 1. Le choix du mandataire <i>ad hoc</i>	198
A. Un professionnel « reconnu ».....	198
B. Les incompatibilités.....	201
§ 2. La rémunération du mandataire <i>ad hoc</i>	205
A. Une rémunération contrôlée.....	205
B. La possible contestation de la décision	207
Section II. Un formalisme obligatoire	210
§1. Les conditions de forme	210
A. L'auteur du déclenchement de la procédure	210
1. En matière de sauvegarde des entreprises en difficultés.....	211
2. En matière de copropriété en pré-difficultés	212
B. Les règles de compétence d'attribution et territoriale	215
§ 2. La procédure de saisine.....	219
A. Le dépôt de la requête	219
1. Dans le cadre des copropriétés en pré difficulté	219
2. Dans le cadre des entreprises en difficulté.....	221
B. La notion de cessation des paiements.....	226
Chapitre II. La négociation avec les tiers	233
Section I. Le domaine d'application du mandataire <i>ad hoc</i>	239
§ 1. Les missions du mandataire <i>ad hoc</i> dans les entreprises en difficulté	239
A. La mission « classique » du mandataire <i>ad hoc</i>	239
B. la diversité des missions du mandataire <i>ad hoc</i>	242
§ 2. La mission du mandataire <i>ad hoc</i> dans les copropriétés en pré- difficultés.....	250
Section II. Le mandat <i>ad hoc</i> , une faculté pour le débiteur.....	254
TITRE II. LE MANDATAIRE <i>AD HOC</i> : UN ORGANE EFFICACE	261

Chapitre I. Le mandataire <i>ad hoc</i> : un organe judiciaire	265
Section I. un organe judiciaire indépendant	267
Section II. Le mandat <i>ad hoc</i> , préalable à un accord ou une autre procédure	271
§1. Un accord ou une phase préliminaire	271
§2. La fin de la phase préventive	277
Chapitre II. Les atouts du mandataire <i>ad hoc</i>	283
Section I. L'obligation de confidentialité	286
§ 1. Le principe de confidentialité	286
§ 2. L'obligation de confidentialité et la transparence	289
Section II. La souplesse et la simplicité	296
§1. La souplesse du mandat <i>ad hoc</i> par rapport à l'administration provisoire	297
§2. La souplesse du mandat <i>ad hoc</i> par rapport à la conciliation	299
§3. La souplesse du mandat <i>ad hoc</i> par rapport à la procédure de sauvegarde	307
CONCLUSION GÉNÉRALE	318
BIBLIOGRAPHIE	323
INDEX ALPHABÉTIQUE	336
TABLE DES MATIÈRES	340